

〈論 説〉

# 建設請負契約の「二重の片務性」

——最近の一下級審判決からの示唆——

原 田 剛

- I 緒 論
- II ある下級審判決
- III 解釈の諸前提
- IV 本件における「瑕疵」の対象
- V 「仕事の瑕疵」およびその認定
- VI 「毀損の日」の約款解釈
- VII 結 語

## I 緒 論

一 建設請負契約<sup>(1)</sup>が民法に規定する請負契約に該当するか否かについて、かつては、いわゆる建築請負契約の片務契約性の観点から、これを否定し、独自の契約類型として位置づける有力な見解が存在した<sup>(2)</sup>。しかし、現在では、この

契約もまた、民法の規定する請負契約として把握されていることに、おおかた異論はない。<sup>(3)</sup>

その上で、この建設請負契約のなかでも、裁判実務上重要な一翼を担っていた建築契約、なかんずく住宅建築契約の分野において、いわゆる欠陥住宅問題に端を発して展開されてきた解釈論が、民法典の請負契約法の解釈論にも大きな影響を与えたことは周知のとおりである。そしてまた、かかる動きが、最近の「住宅の品質確保の促進等に関する法律」へと結実していったことも記憶に新しいところである。

もっとも、建設請負契約の分野において、民法制定当初から問題視され、その後民法の解釈論においても重要な指針とされてきたのは、いうまでもなく「土建請負契約の片務契約性」の是正であつた。しかし、以上の流れは、これとはまったく逆の意味での片務契約性を是正する意味を有していたものといひ得る。

二 このことは、しかし、現代の建設請負契約においては、もはや、かつての古典的意味での「片務契約性」が問題とはならない、もしくは、克服されていることを意味するものではない。そのことは、かかる点が依然として問題とならざるを得ない社会的実態が存在すること、その是正を目的として制定された建設業法および公共工事、あるいは、民間工事に妥当する各種の約款が度重なる改正を経てこの問題にアプローチしていることから看取されるところである。

換言すれば、現代における建設請負契約においては、その契約主体に着目すると、注文者が優位に立つ建設請負契約類型および請負人が優位に立つ建設請負契約類型の二類型が並存していることを意味している。<sup>(4)</sup> かかる意味において、現代における建設請負契約は二重構造を有しているといひ得る。そして、これらの類型を仮に保護する方向性(対等性の確保)を示す意味で、各々を注文者優位型(請負人保護型)、請負人優位型(注文者保護型)と称するならば、現代においては、まさにこの二類型が建設請負契約の下位類型として位置づけられ得るのである。

かかる類型を抽出する意義は、両者をいずれも民法の請負契約の一種としつつも、その解釈の方向性を異にする、ある意味では、ベクトルがまったく逆方向に向くことを認識し、その上で公正妥当な解釈論を展開する指針を与え得る点にある。この認識を誤るならば、すなわち、建設請負契約の二類型を考慮しない解釈論を展開するならば、きわめて、不当な結論が導かれることになる。その意味で、この二類型は、単なる整理概念ではなく、解釈論上きわめて実践的な意義を担っているのである。

三 かかる観点からして、わたくしは最近、公刊の判例集には未登載であるが、きわめて興味深い下級審裁判例と巡り合う機会を得た。この裁判例は、わたくしからすれば、上記二類型の意義をまったく無視し、もっぱら一方的に請負人優位型（注文者保護型）の解釈論を展開した結果、きわめて不当な結論を導いている。

本稿は、従来まで、別々に指摘されてきた建設請負契約の二重構造を改めて正確に認識し、その上で、具体的な解釈論に生かすことを目的とするものである。その目的は、下級審判決の批判的検討をおこなうことにより、おのずと達成されるであらう。

四 以下では、まず、下級審裁判例を簡単に紹介した後（Ⅱ）、請負契約における「二重の意味での片務契約的性格」の現代的意義と下級審裁判例の位置づけ、および、当該裁判例におけるゴルフ場建設工事に関与した諸主体間の実態の特色を、解釈の諸前提として論じておく（Ⅲ）。その後、判決の論理の問題点を順次検討することとする（Ⅳ～Ⅵ）。そして、最後に結語をして本稿の主張を確認しておく（Ⅶ）。

## Ⅱ ある下級審判決<sup>(5)</sup>

一 まず、事案の概要と判旨を紹介しよう。

【事案の概要】 原告（注文者・ゴルフ場を経営する株式会社）は、被告（請負人・土木等の請負を業とする株式会社）とのあいだで、昭和六一（一九八六）年七月一日、請負代金を二億（後に二億一四七万円に変更）として、四会（現在の「民間」）連合協定工事請負契約約款にもとづき、本件ゴルフ場の建設請負契約を締結した。被告は、昭和六三（一九八八）年六月上旬に本件工事を完成し、同月二五日に原告に引き渡し、原告も、同年七月一日までに、被告に対し、本件工事の請負代金全額を支払った。その後、原告は、引渡しを受けたゴルフ場について、①被告によって設置されたボックススカルバートに多数の亀裂および部分沈下が生じたこと、②排水管設置場所が契約設計図の流域完成図と異なることにより、コース山側から漏水が生じ、またコース崩壊の危険が生じたこと等の瑕疵が存在するとして、被告に対し、請負人の瑕疵担保責任を根拠に復旧工事費およびその間の営業補償を損害賠償（六億九〇一八万円）として請求した。

なお、原告は、原告と被告とのあいだの請負契約締結日と同日に、一方で、補助参加人（請負人）との間で、請負代金を二〇億七五〇〇万円（うち、切盛土工事代金は約一〇億円）として、本件ゴルフ場の造成工事の請負契約を締結するとともに、他方で、訴外A（請負人・建設株式会社）とのあいだで、請負代金二〇〇〇万円とする、本件ゴルフ場のコースレイアウトの計画・設計についての請負契約を締結している（本件ゴルフ場のコースレイアウトは、A建設の設計部長であるSが担当した）。また、これらとは別に、原告は、Bコンサルタントとのあいだで開発申請書作成業務についての委任契約を締結していた。

そして、本件ゴルフ場建設は、これらの者（原告、被告、補助参加人、訴外A（およびS、B）が、定期的に（週ごと、月ごと）工程会議を開き、各々の履行状況を確認、承認しつつ、共同しておこなわれていった経緯がある。（一部認容）

本件では、主に、ゴルフコース造成およびこれを前提としたゴルフコース建設工事において、造成地上の工作物（ボックスカルバート）の不具合現象に端を発した、造成地の不同沈下および亀裂の瑕疵について、この瑕疵を回避すべきであった地耐力確保義務の帰趨が主として問題となった。この点につき判旨は、以下のような論理構成により、ゴルフコース建設工事を請け負った被告の側に責任があると判断した。

《瑕疵とその原因》 ①「本件ボックスカルバートには」「流下の機能及び耐力の喪失という瑕疵が存する」<sup>(6)</sup>。②この瑕疵は、造成地の「不等沈下及び亀裂に起因する」<sup>(7)</sup>ところ、③「不等沈下（及びこれに起因する亀裂）が発生した原因」<sup>(8)</sup>は、「盛土部分の地耐力が不足していたため」であり、<sup>(9)</sup>「支持地盤（ただし、盛土部分）の地耐力が不足したこと」および「ため池からの漏水」にある<sup>(10)</sup>。

《地耐力確保義務者》 それでは、「盛土部分の地耐力が不十分であったことについて」、地耐力を確保すべき義務は、造成工事者と建築工事者のどちらにあったか。これにつき、「構造物の設置を請け負った者は、通常、当該構造物の支持地盤が十分な地耐力を備えているかどうかを確認し、地耐力が不十分な場合には、自ら地耐力を確保するために必要な工事を実施すべき義務を負うものというべきである」<sup>(12)</sup>として、被告にこの義務を肯定する一方、補助参加人（ゴルフコース造成工事者）に対しては、以下のような理由により、義務の存在を否定した。①「補助参加人は、本件ボックスカルバートの支持地盤について、当時もつとも高い性能を有するとされていた機械を用いて転圧を行ったものであるから、地耐力を更に増強するためには、地盤改良工事あるいは杭打設等の補強工事を行う必要があったものと推認できる」<sup>(13)</sup>。また、②「補助参加人は、原告に対し、本件ボックスカルバートが設置されることを前提として、その支持地盤について十分な転圧を行うべき義務を負っていたものと認められ

るが、転圧しただけでは地耐力が十分でない場合に、転圧以外の工事を実施して地耐力の確保に努めるべき義務までは認められない。」<sup>(14)</sup>と。

《瑕疵担保期間経過問題等》　こうして、被告に、工事請負契約書（四会連合協定工事請負契約約款）第二三条第一項<sup>(15)</sup>にもとづく瑕疵担保責任を肯定した後、さらに、その「瑕疵担保期間の経過」問題につき、「土質調査は実施されず、地耐力が十分であるかどうかの検討も十分になされないまま、本件ボックスカルバートが設置されたものであるから、被告は、前記義務に違反して本件ボックスカルバートを設置したものとすべきであり、右義務違反の程度は重大である」<sup>(16)</sup>などとして、被告の「重過失」を認定し<sup>(17)</sup>、さらに、瑕疵による目的物の滅失または毀損の場合の起算点である「滅失又は毀損の日」についても、「滅失、毀損を認識しあるいは認識し得べき状態になったとき」<sup>(18)</sup>との解釈を新規に創造して、結局、「瑕疵担保期間が経過する前に瑕疵修補請求権が行使された」とした<sup>(19)</sup>。

要約すれば、①本件ボックスカルバートには流下機能および耐力喪失という瑕疵（瑕疵現象という。）が存在し、それは造成地の地耐力不足に起因する（瑕疵原因という。）ところ、地耐力確保義務は造成工事者ではなく建設工事者にある、②しかもこの義務違反には重過失が存在することから瑕疵担保期間が一〇年に伸長される、③さらに、起算点である「毀損の日」も瑕疵の認識可能日でよい、④そして、原告は瑕疵担保期間経過前に瑕疵修補請求権を行使した、⑤それゆえ、ゴルフコース建設工事者である控訴人が瑕疵担保責任を負担することになる、というのである。

以上から、判決は、徹頭徹尾、注文者（原告）に有利な論理を積み重ねることにより、ゴルフコース建設請負人である被告の責任を肯定したのである。

## 二 解釈論上の問題点

さて、本稿の問題関心からして、以上のような判決の論理の可否を検討するためには、以下の諸論点の検討が重要となる。

### 1 本件で問題とされる「瑕疵」の対象は何か——造成地の不同沈下・亀裂

判決は、本件における瑕疵をボックスカルバートの流下機能・耐力喪失にみいだし、その原因を造成地の不同沈下・亀裂等に求めるという仕方での議論を進めている。しかし、通常、地盤の不同沈下等によって地盤上の工作物に不具合が生じた場合（たとえば、宅地の上の建物が宅地の不同沈下が原因で傾斜した場合など）には、地盤の不同沈下こそが、本件約款第二三条（民法第六三四条あるいは民法第五七〇条）にいう「瑕疵」の対象とされているのであり、これが原因で地上工作物に不具合（傾斜やクラックなどの異変）が生じた点はむしろ瑕疵現象として把握すべきものであると考えられる。それゆえ、端的に不同沈下・亀裂を問題とすべきである。判決の論理は、この点の認識にまず問題があるといわざるを得ない。

そこで、改めて、かかる場合、いかなる事態を「瑕疵」の対象とみるのかを、明確にしておく必要がある。

### 2 造成地の不同沈下・亀裂の瑕疵

つぎに、1において「瑕疵」の対象とされた部分が、どの請負人のいかなる「仕事」の「瑕疵」に該当するのかを判断することとの関係で、本件における「瑕疵」の意味内容を確定する必要がある。そのさい、本件の瑕疵（原因）の対象を、造成地の不同沈下・亀裂とし、これを回避するために必要とされる「地耐力確保義務（債務）」を問題とする場合、当該義務の主体を確定することとの関係で、本件両工事の請負人各々の義務（債務）内容を検討せねばならない。その際、地耐力確保の具体的意味内容も重要となる。本件の中核問題であるといえる。

### 3 起算点「毀損の日」の約款解釈

最後に、判旨は、毀損の場合の起算点につき、客観的な「毀損の日」となっている点を、「認識し得べき状態になったとき」というように権利主張者の主観にからしめて解釈している。かかる態度は、消費者保護が問題となる住宅建築請負契約事例を前にしてさえ、これまでの請負法学および実務により主張されたことのない新規の解釈である。それゆえ、この点の当否を問題とせねばならない。<sup>(20)</sup>

### 三 本件事案の特色——建設請負契約の二重構造と同時並行的履行過程

#### 1 解釈の基礎的前提

さて、判決における、以上のような解釈論上の問題点の当否を検討していくための前提としてどうしても認識しなくてはならないのは、本件の「ゴルフ倶楽部建設」に關与した契約当事者の実態、および、本件両工事における各々の履行過程の実態の特色である。それは次のような理由にもとづく。

判決は、以上に挙げた諸論点のすべてにわたり、きわめて無理な解釈論を展開し強引な事実認定を引き出している。かかる態度は、近年において（とりわけ住宅建築分野における傾向を誘因として）学問上・実務上展開されてきた、請負人保護の解釈論から注文者保護の解釈論へのシフト傾向に沿おうとしたことによる、と推測するに難くない。

しかし、かかる態度は、そもそも近年における上記傾向が主として想定し前提としている、請負契約類型のなかでの契約当事者の型（タイプ）をまったく無視したうえで、単にその傾向に表面的・形式的にのみ従うものである。その結果、これまでに蓄積されてきた請負法学および実務上の諸成果の底流にある精神をも、いとも容易に脇へ押しやる結果となっている。このことは、結局、請負契約法が、多く以下に指摘する実態との緊張関係のなかで展開されて



きたことに対する認識不足に起因するものと考えられる。それゆえにまた、具体的事案の妥当な解決という観点からしてきわめて不当な結論を導いている点も看過されるべきではない。

## 2 契約主体の実態

周知のように、民法における請負契約類型は、これまで、その実態に即し、しかも、とりわけ「土建請負契約」＝建設請負契約の分野において、のちに詳述することく「二重の意味」での「片務契約性」が指摘されて久しい。<sup>(21)</sup> 請負契約法学の最近の諸成果もこの問題を充分に意識した上で展開されてきたものであり、裁判実務においてもかかる実態が慎重に考慮されてきたのである。ことに、本件においては、建設請負契約分野における片務的性格とは何か、が改めて明確にされねばならない。後に判明するように、判決は、かかる観点からしてきわめて時代錯誤的な解釈および判断をおこなっているからである。

## 3 履行過程の実態

また、本件兩工事においては、当初から、原告との契約当事者が各々の負担する契約（債務）内容の同時並行的履行状況をも反映し、原告から開発申請書作成業務を受託していたBコンサルタント、補助参加人（ゴルフコース造成工事請負人）、被告（ゴルフコース建設請負人）の現場責任者が、週ごとに実務的打合せをおこなっており、さらに、ゴルフコース設計者を加えて、月ごとに工程会議を開催し、ゴルフコース造成・建設工事の履行過程を、そのつど確認し工事方法の選択などの重要事項を決定する、というように、各々の履行（債務）内容のうちの「完成部分」の「一部引渡」および履行方法の決定と確認がおこなわれていたと評価し得る状況が存在する。すなわち、原告から各別に請け負い、受託した債務内容を前提としつつも、その履行過程において、これら三者間には、自己の債務内容の履行方法（実施方法）について、「ゴルフ倶楽部コース」完成に向けた共同行為が存在していたのである。

本件で問題となっている請負契約は、いうまでもなく、請負人が仕事の結果に対して義務を負担する点に本質的特色があるものの、このことは、他方において、請負人が仕事の履行過程においていかなる方法で履行するかにつき、みずからに裁量権が存在していることを前提としている。さればこそ、仕事のやり方に口出しをされない代わりに一旦なされた仕事に瑕疵が存在する場合には、全面的に責任を負うことになるのである。まさに、仕事の結果を請け負うのである。<sup>(24)</sup> そうであれば、他面では、請負人の瑕疵担保責任を検討するためには、請負人の債務内容の確定と同時にその履行過程における履行方法等に対する裁量権の実質的範囲を把握しておくこともまたきわめて重要な課題となるはずである。本件両工事における前記のような諸主体間の共同作業状況が、本件における原告と被告とのあいだの法律関係に反映されねばならない実質的根拠は、じつにかかる観点においてなのである。

にもかかわらず、判決は、原告・被告間の契約関係を、上記のような履行過程を全く無視し、閉鎖的かつ静的にのみ扱っている。ここに、閉鎖的とは、極度に原告・被告間の関係に限定することをいい、静的とは、後述するような近時における解釈の傾向に、単に表面的・形式的に追隨していることをいう。そのため、被告の履行過程に、原告が他の者とおこなっている、開発申請書作成業務委託契約、ゴルフコース設計契約、ゴルフコース造成工事契約の履行過程が同時に作用（共同）し、しかも、このことが原告・被告間の契約関係に法的な影響（単なる事実上の影響ではない）を与えている実態を無視する誤りを犯しているのである。

なるほど、造成工事者に関しては、不同沈下・亀裂の瑕疵を回避するための地耐力確保義務の存否との関係で、造成工事者の当該義務の存否も形式的には検討されている。<sup>(25)</sup> しかし、これとても、当該契約の解釈による内容の確定をおこなっていないという根本的問題点を措くとしても、すでに指摘した造成工事契約の主体の性格および上記のような、諸主体の同時並行的履行過程の実態を全く考慮していない。しかも、注文者（消費者）を救済するために、宅地

造成工事の瑕疵について、直接契約関係のない宅地造成者に対してではなく建物建築請負人に対して責任追及（しかもその法的構成は契約責任ではなく不法行為責任）を可能とするために、建物建築請負人の地盤調査義務（過失の前提としての行為義務）を認めた裁判類型を、本件のような、業務委託契約等により自身の契約主体としての能力を高めている原告が、被告と比しても資本力に大きな差のあるわが国有数の大手建設業者に請け負わせたゴルフコース造成の場合で、かつ、この者に対して容易に契約責任を追及し得る類型にまで、しかも、契約責任構成を採用することにより適用しているのである。

4 以上の諸点を考慮するならば、判決の可否を判断するために指標とされた上記諸論点の検討においても、これらの点をはじめに解明しておくことが不可欠となる。

### III 解釈の諸前提

#### 一 建設（土建）請負契約の特色——「片務契約」状況の実態

請負契約法における最近の学問上、実務上の潮流の一つとして、従来までの請負人保護から注文者保護への傾斜を看取し得る。これは、とりわけ、住宅建築分野において顕著な傾向である。この傾向は、一般消費者である注文者が大手の住宅メーカーなどに発注したり、住宅販売業者から購入した新築住宅に重大な瑕疵（たとえば、宅地造成の瑕疵に起因する不同沈下や基礎構造部分に瑕疵があつたために住宅が傾斜するような場合）が存在する場合に、消費者の側から、損害賠償として、建替え費用相当額の賠償を求める訴訟が提起されるケースにおいて典型的にあらわれる。<sup>(26)</sup> もっとも、そこでは、損害賠償の範囲として建替え費用相当額を認めることは、契約解除を認めるに等しいこととなり、それは工作物の場合に解除を認めない民法第六三五条但書に反すること、新規のやり直しは修補不能に該当し、

その場合の履行利益としての損害賠償は瑕疵のない場合の価格と瑕疵のある場合の価格の差額であることなどを根拠として、建替え費用相当額を認めない学説や判例が登場した。<sup>(27)</sup> それに対し、かかる見解に対する批判や、これを受け入れる下級審の裁判例なども登場した。さらに、担保責任に関する学説上の安定的一致をみない点なども影響してか、実務家（特に、欠陥住宅に対する救済の依頼を受けた弁護士）の間においては、かかる「欠陥住宅問題」を不法行為構成で責任追及することにより、損害賠償の範囲を建替え費用相当額にまで拡大しようとする方策が講ぜられ、これを受けて、下級審の裁判例のなかでも、かかる構成により、建替え費用相当額の賠償を認める判例が増加する傾向にある。<sup>(30)</sup> 昭和五〇年代後半（一九八〇年代前半）からの、以上のような傾向は、裁判実務のみならず立法の分野においても一定の成果をみることになる。「住宅の品質確保の促進等に関する法律」（住宅品質確保促進法）<sup>(31)</sup> の制定、施行が、それであることは、いうまでもない。

しかし、ここで注意しておくべきは、かかる流れにおいて強調されたのは、あくまでも、「欠陥住宅」を前にして、建築のプロフェッショナルである建築業者よりも、みずから設計・監理のできない素人の消費者である注文者を保護しようとの価値判断なのであり、「請負人一般」よりも「注文者一般」をより厚く保護しようという考慮にもとづくものではないのである。

いうまでもなく、請負契約は双務契約であり（民法第六三二条）、独立対等な注文者・請負人間の契約である。にもかかわらず、とりわけ官庁を注文者とする「土建請負契約」Ⅱ建設請負契約においては、立法当初から戦後を経て最近に至るまで、一方当事者である請負業者によって、「片務契約」として非難される実態が存在した。すなわち、形式的には、契約を締結する当事者相互が対価的債務を負担する関係に立っているにもかかわらず、現実の両者の規範関係は決して平等ではないこと、注文者と請負人とは現実には上級者と下級者、支配者と服従者という一種の権力関係

が存在したこと、そして、当事者間で交換された当時の契約書は、こうした内容をもった悪評高いものであった、のである。具体的には、危険負担の問題<sup>(32)</sup>、仕事完成義務と代金支払義務に関する不平等、工事の中止・変更・解除などの場合の不十分な賠償規定などであった。それゆえ、請負業者はこうした事実上の片務性を是正するために努力せねばならなかった。<sup>(33)</sup>くわえて、当時の学説においても、このような事実上の片務性を是正するために、請負人保護に傾斜した規定はそのままにし、上記の諸問題に対し、できるかぎり請負人を保護しようとする解釈論が展開された。建設業法もこうした流れのなかで戦後早々に制定されたのである。<sup>(34)</sup>また、本件の契約当事者が依拠した民間工事請負契約約款も、公共工事請負契約約款とともに、同様の趣旨から誕生し、発展していったものであることは周知のとおりである。<sup>(35)</sup>そして、いわゆる欠陥住宅問題が発生し注文者保護が俎上に載るまでの、請負契約法学の問題意識もまた、できるかぎり請負人保護に傾斜することにより現実の請負契約を、典型としての双務契約類型に近づけようとする点にあったのである。<sup>(36)</sup>以上のように、強い注文者（特に官庁）・弱い請負人（建設業者）間の支配関係の実態を称して請負契約の「片務契約性」が主張され、その是正が求められたのである。

ところが、昭和五〇（一九七〇）年代後半から、いわゆる「欠陥住宅」問題が浮上するに至り、この分野では、注文者（素人の消費者）と請負人（専門の建築業者）とのあいだの力関係は、前述の場合とはまったく逆転した。それゆえ、ここでは、これまでむしろ等閑視されていた注文者保護の問題が浮上したのである。そして、この場合に解釈論の展開を方向づけ、従来までの「片務契約性」からの方向転換を端的に表現していたのが、「逆の意味での片務契約性」、「建築請負契約の二重構造」という標語だったのである。すなわち、戦前からの「片務契約性」の他方で、みずから、設計・施工・監理もできない注文者による住宅建築の場合には逆の意味での「片務的性格」が存在する、という認識だったのである。<sup>(37)</sup>その後この問題の焦点は、冒頭でも示唆した如く、消費者たる注文者の、建替え費用相当額の

請求が損害賠償額として認められるか、に照準が当てられ、瑕疵修補概念の探究<sup>(38)</sup>、工作物の解除制限規定<sup>(39)</sup>（第六三五条但書）の非強行法規性、瑕疵が重大な場合の「未完成」性を根拠とした契約の解除の可能性の追及<sup>(40)</sup>、不法行為構成の可能性などを、学問上・実務上の探究課題としてきたのである。住宅品質確保促進法がこれら一連の流れの一到達点であることもすでに指摘したとおりである。さらに、その後、消費者保護のために制定された、より一般的な消費者契約法も不動産取引の一方の主体が消費者である場合を保護するものともなっていることも周知のとおりである。現代は、まさにこの流れの渦中にあるといえる。

以上のような簡単な素描からもうかがえるように、これまでの請負法学および請負実務が課題としてきた主要かつ重要なものは、特に「建築請負契約の二重構造」の類型と実態を明確に把握し認識した上で、これらの場合の法的紛争をできるだけ、典型的な双務契約としての請負契約に近づけつつ妥当な解決を図ろうとする枠組や解釈論を模索することにあつたのである。そうであれば、ここで再び強調されるべきは、請負人一般の保護でも、注文者一般の保護でもなく、現実の請負契約主体の実態を踏まえたうえで、実質的な双務契約性（当事者間の公平）が貫徹される、安定的かつ柔軟な解釈論を展開することが要請される、ということなのである。そうでなく、たとえば、現在の傾向が形式上「注文者保護」（請負人優位型）にあるということから、これを過度に一般化し、請負契約主体の実態を無視し、住宅建築の場合とは逆になるような類型にまで最近の解釈論の成果を無媒介に適用するなら、これは明らかに請負契約の「片務契約性」に拍車をかけ（戦前からの言いでは、「逆の逆の」片務契約となる）、その片棒を担ぐことにもなりかねない事態に立ち至る危険が存在する。

かかる観点からみるとき、本件は、民間工事とはいえ、企業者間の「ゴルフ倶楽部コースの完成」という建設（土建）請負契約の典型である。しかも、契約の一方当事者である注文者は、総合開発業者であり、しかも、この開発業

者の代表者は、同時に、ゴルフ場の開発・コース設計・建設にかけてはわが国有数の企業に所属しており、さらに、コースの計画、設計、監修業務をこの会社が請け負い、設計部長にこれらを担当させ（後述のごとく）工事内容についても「監修者」としての立場で「指示」を出させていたこと、さらに、注文者は、四国有数の建設コンサルタントとの間で請負契約を締結し、開発申請書の作成・コースの造成・土木建築工事の設計業務をおこなわせて注文者の代理人的役割をはたさせることにより、みずからの契約主体としての能力を高めていた。ここでは、設計も監理も自身でおこない得ない、住宅建築の際の素人たる消費者の場合とは異なり、注文者の側で設計し、監理にあたっていたと評価し得る実態が存在する。他方、ゴルフコース造成工事者はわが国有数の大手造成工事業者であること、ゴルフコース建設工事者も、ゴルフ場開発の経験はないものの徳島県では有数の建設会社である。

以上のような契約主体のタイプとその履行過程における実態は、最近の請負契約法学および実務が前提とする、先に示した、一方が素人の注文者であり、かつ専門知識を有する請負人による設計・施工・監理一貫方式を前提とした住宅建築の場合とはまったく類型を異にしている。先に示唆した消費者契約法における事業者、消費者概念の鑒に倣っていうならば、これらの契約主体は、すべて事業者であり、事業者間取引であり、経済的実態は企業間取引である。その意味で、先にあげた「建築請負契約の二重構造」の見地からいえば、本件は、むしろ、戦前からの古典的意味での「片務契約」類型と親近性を有する性格のものである。しかも、本判決の論理からすれば、強い注文者に、本件被告の経済力をはるかに凌駕する補助参加人（造成工事者）が加担する構図が看取され、まさに、強い注文者と弱い請負人の類型に一層の拍車をかける形となっている。<sup>42</sup>

以上の点を要約すればつぎの如くである。土建請負契約においてはこれまで「片務契約性」が指摘されてきた。それは、現代的には、注文者・請負人がともに事業者（企業）同士であることを前提とし、しかも、強い注文者（官庁

など)に対し、どのようにして請負人を保護する解釈論を構築するかにあった。しかし、他方では、「逆の意味での片務契約性」が指摘され、最近の住宅建築の分野において弱い注文者(消費者)を保護するための解釈論および立法の展開をみた。そして、現代はこの渦中にある。このような実態を称して「建築請負契約の二重構造」と称するならば、この分野において解釈論を展開する場合には、少なくとも、上記のような、土建請負契約の二つの類型にもとづいて、建築請負契約の実態を正確に踏まえた慎重な態度が要請されることになる。たとえば、当該建設(土建)請負契約の類型の特色を無視して、近時の傾向である、注文者保護に傾斜した解釈論を展開するならば、解釈論的にも事案の具体的解決においてきわめて不合理で不当な結果を招来することになる。このことは、いくら強調してもし過ぎることはない。本判決の、冒頭に挙げた諸論点に対する新規かつ無理な解釈論は、まさにこうした点への認識不足に起因するものといわざるを得ない。

## 二 本件における諸主体間の共同状況——仕事債務の履行過程への介入

### 1 緒論——履行過程の特色

さて、本件におけるゴルフコース建設工事には、すでに指摘した如く、建設コンサルタント、ゴルフコース設計者、ゴルフコース造成工事者およびゴルフコース建設工事者の四事業者が各々独立に関与していた。そのうえで、これらの諸主体は、発注者(注文者)自身の参加をも得て、定期的に、ゴルフコース設計者の意向(それは発注者の意向でもある)をたえず念頭におかざるを得ない状況下で、四事業者が相互に工事の進捗状況、工事の実施状況を確認し、承認するとともに、以後の具体的な実施をも確認し工事を進めていった状況が存在する。本件における「工程会議」と称されているものがこれに該当する。このようにして、本件「ゴルフ倶楽部建設」は、とりわけ、ゴルフコース造



成者とゴルフコース建設者との共同作業の下に各々の請負契約内容が履行されたのである。しかも、そのさい、注文者は、自身の意向をゴルフコース造成業者およびゴルフコース建設業者に対して貫徹するために、自身のみならず業務受託者およびゴルフコース設計者をも従えて、かかる履行過程を、逐一、点検・確認しかつ承認していた、この意味で監理行為の実態が存在していたといえる。

## 2 履行過程の法的意義

履行過程におけるかかる実態を法的に把握するならば、以下の点を指摘し得る。

### (1) 諸主体の共同行為

まず、造成地の不同沈下・亀裂の瑕疵を発生させた「地耐力不確保」についての危険分配の観点からすれば、ここに登場した契約諸主体は、「ゴルフ倶楽部建設」の注文者側としては、発注者、建設コンサルタント、ゴルフコース設計者を、請負人側としては、ゴルフコース造成業者およびゴルフコース建設者が考えられ得る。この点、確かに、注文者側の三者間にも独立の請負契約が存在するが、これらの契約の実質的な主たる目的は、注文者側で設計されたゴルフコースの造成および建設が適切におこなわれることを確保することにある。その意味では、本件両工事の各請負人との関係では、特に、これらの行為の履行過程における協力、検査、受領（仕事の一部引取）などの諸義務の履行補助者の地位に立っているといえるのである。いずれにしろ、ここでは、大きく発注者側と、各独立のゴルフコース工事業者が存在し、これらの者の共同行為により債務内容が履行されていると評価し得る。通常の住宅建築事例とは大きく異なる点の第一の実態である。

### (2) 注文者の監理行為的側面

つぎに、しかし、「工程会議」を中心とした、以上のような共同行為的履行過程の実態は、同時に、注文者側が、独

自に工事監理をおこなっていると評価し得る側面をも有している点を看過すべきではない。すなわち、本件は、仕事（工事）が完成し、仕事の有形的な引渡時点で点検したうえで、履行として受領する意味での「引渡」がおこなわれる場合とは異なり、履行過程が注文者により定期的に点検され、しかもそのつど注文者側の承認のもとで請負人の履行が進展してゆく形態である。場合によっては、抽象的な債務内容（工事内容）がそのつど具体的に確定する場合も存在している。この意味でも、これまでの判決例において問題となるほとんどの事例が、請負人側による設計・施工・監理一貫方式で建築され、完成時に引渡しを受け、素人の注文者（消費者）はほとんど建物が完成するまで何も理解し得ず、しかも、引渡時においても専門知識をもって点検し得ない住宅建築（消費者保護）事例とは実態を異にしている。かかる実態は、むしろ、発注者側が監理しつつ仕事の一部引渡がおこなわれていた、官庁を発注者とするかつての公共工事や民間における企業間での建設工事の実態に類似するといえる。

かかる実態とその評価は、たとえば、工事の瑕疵に対する責任（危険）分配にも大きく影響する。先に挙げた、これまでの住宅建築事例において、引渡以後に発見された瑕疵に対する注文者の保護の必要性和合理性が主張されそれを正当化する論理が展開された背景の一つにも、この点への考慮が存している。注文者（消費者）がほとんど専門知識を有していない状況に加え、責任施工的状況があるからこそ、仕事の瑕疵についても全面的に責任を負わねばならないことにもなるのである。すでに指摘した如く、仕事の結果に対して責任を負う請負人に対しても、履行過程がまったく請負人の裁量にゆだねられているか否かによる責任分配のあり方に差異が生じるのは、まさにこの履行過程（仕事のやり方）が仕事の結果に深い影響を与えることを意味しているからである。本件は、相互に専門事業者間で契約がなされ、しかも、履行過程に注文者側が、設計者の「指示」や「強い要望」をとおして、介入している事例である。その意味で、一方が専門知識を有しない素人（消費者）である住宅建設請負事例の場合と同様な思考形式により、注

文者側の行態をまったく考慮の外においてはならないのである。

この点で、本判決は、問題となった不同沈下・亀裂の原因である「地耐力不確保」について、種々の工程会議や現場確認のさいに、発注者側から出された「指示」や「強い要望」をまったく無視している態度は問題であるといわねばならない。<sup>(44)</sup>

いずれにしろ、住宅建築事例と異なる実態の第二のものである所以である。

(3) 造成業者と建築業者との関係

① 両者とも注文者と契約関係にある

それでは、本件両工事の各請負人である、造成業者と建築業者との関係はどのようなものであるか。この点、いずれも発注者と独立の契約を締結しており、この意味では両者は対等な立場にある。別の言い方をすれば、両者は独自に、契約により負担することとなった工事（債務）内容（仕事の結果）を実現すべきであり、また、それで充分である。その履行過程は、各々の工事者の裁量にゆだねられているのが原則である。

さて、そこで、このような独立の関係にある両者の工事が完成し、引き渡した後、不同沈下・亀裂が生じ「地耐力不確保」が問題となる場合、注文者は、はたして誰に対して責任追及をなすであろうか。注文者にとっては、両者いずれに対しても契約関係が存在することから、請負契約上、地耐力確保義務を負担している請負人の側に瑕疵担保責任を追及して、瑕疵修補請求をするかもしくは修補に代わる損害賠償の請求をすることが可能となる（民法第六三四条）。もっとも、かかるケースにおいては、通常、地耐力の確保が問題となっているのであるから、これを確保しなかったのは、ゴルフコースの建設であることを当然の前提としてゴルフコースを造成した造成者のほうであると考えるのが自然であろう。<sup>(45)</sup>そこで、彼は、造成者に対して前記の瑕疵担保責任を追及し、かつ、この責任が肯定される。以

上が、ごく自然な成り行きである。

ところが、本件では、どういうわけか、注文者は補助参加人である造成工事者をまったく相手とせず、もっぱら、建設工事者に対して、不同沈下・亀裂に対する責任追及をおこなっている。本判決も、このような主張を採用し、究極の原因である不同沈下・亀裂に対する責任を造成工事者において全面否定し、建築工事者において全面肯定し、しかも、すべての責任を建築工事者に負担させるという、結論を導いている。しかも、その論理は、後述の如く、双務契約としての請負契約において、報酬債務の対価として負担する請負人の「仕事」債務の意味をよく理解しない誤りを犯し、皮相な解釈により結論を導いているいわざるを得ない。

② 住宅建築請負人の地盤確保義務はいかなる場合に問題となっているか

かかる点については、解釈論上は、本件のような場合の究極的瑕疵の回避義務たる地耐力確保義務が、両者の債務内容のなかでいずれに帰属するものであるか、が検討されねばならない点は言うを俟たない。しかし、本節での問題は、かかる解釈をなすさいに考慮しておくべき、造成地と建築物との関係およびその実態である。この点について参考となる裁判例は、すべて宅地とその上の住宅との関係に関する住宅建築事例に関するものである。したがって、すでに繰り返し指摘している如く、この点の判断の傾向を本件に無媒介に援用することには問題がある。しかし、本判決の論理の問題性をより深く認識するには恰好の素材であることは確かである。

さて、造成地の瑕疵（地盤沈下、不同ないし不等沈下）が造成地上の工作物（建物）の瑕疵を惹起している場合、次のような二つの類型が考えられる。

(i) まず、建売業者が造成地を買い受け、その上に消費者との間で請負契約を締結して住宅を建築した場合、ないしは、みずから住宅を建築しこれを消費者に売却する場合である。ここでは、いずれも、住宅の最終取得者である

消費者と造成地の所有者ないし造成者との間で直接の契約関係が存在しない点に特色がある。これを仮に契約関係不存在型と称しておこう。(ii) つぎに、消費者自身が造成地を購入し、この上に別の業者との間で住宅建築請負契約を締結して住宅を建てる場合である。ここでは、住宅の最終取得者である消費者は造成地の所有者(ないし造成業者)、住宅建築者の両者との間に契約関係が存在する。これを仮に契約関係存在型と称しておこう。以上の二類型を前提とし、不同沈下により建物に瑕疵が生じた場合で、建築物自体に瑕疵原因がなく、土地の不同沈下がもつぱらの原因で建物に瑕疵現象(傾斜、雨漏り、クラック等)が生じたときの消費者の責任追及について考える。

(ii) の契約関係存在型においては、建物の所有者は、建物の瑕疵原因である造成地の所有者ないし造成業者に對する契約責任(瑕疵担保責任)を追及し得ることには問題ない(なお、この場合は、造成地の瑕疵によつて造成地とは別個の不動産である建物に瑕疵(損害)を惹起させたことから、拡大損害(瑕疵結果損害)の賠償を求め得ることになろう)。そこで、むしろこの類型の場合に問題となるのは、造成工事者に責任追及をしても無駄であるような場合に、建築物自体に瑕疵原因のなかった、建築物の請負人に対してはたして責任を問ひ得るのか、ということである。

この責任を肯定すべき法律構成として登場するのが、建物建築を請け負った請負人の「地盤調査義務」なるものを設定する、という発想である。しかし、このような構成に対しては、そもそもいかなる場合においても、建築業者に対してこのような義務を認め得るか、<sup>(46)</sup> という問題のほかに、造成工事者と建物建築者との間で、すでに言及した如く、造成主体および建築主体の実態、造成への建築主体の関与の実態などを考慮し、「信頼原則」により、「地盤調査義務」が否定されるのではないか、が慎重に吟味されねばならない。もつとも、この類型では、通常は、造成者に対する契約責任の追及で充分であるから、<sup>(47)</sup> 「地盤調査義務」が問題となり得るのは、つぎに検討する契約関係不存在型においてである。

(i) の契約関係不存在型においては、造成業者に造成地の瑕疵に対する責任追及をするには通常不法行為構成によることになる。そこで、建物の所有者は、そのような構成よりも、より容易な契約責任の追及をおこなおうとする。建物建築請負人ないし建物の売主に対しておこなう契約責任（各別の瑕疵担保責任）である。ところが、ここでの請負人は、通常、地盤の強度が確保されていることを前提に建物を建築する。そこで、地盤の不同沈下が問題となる場合に、それでも建築請負人に対して責任を追及しようとする場合には、地盤調査義務ないし地盤の耐力確保義務を請負人ないし売主に対して肯定せねばならない。実は、裁判実務において登場する、建物の建築請負人の地盤調査義務が問題となる事例は、消費者保護が問題となる住宅建築事例のうちで、かつ、こうした、造成業者との間に契約関係がなく直接に責任追及をなし得ない場合なのである。しかも、住宅建築事例で問題となった場合は、当事者間に契約関係があるにもかかわらず、契約責任として地盤調査義務が肯定されているのではなく、いずれも不法行為構成により責任が肯定されているのである。<sup>(48)</sup>しかし、この場合とて、造成業者の造成に対する、請負人の信頼原則が同様に問題となるのである。

以上の点から明らかなごとく、住宅建築における、請負人の地盤調査義務ないし地耐力確保義務が問題となる背景には、造成者との間に直接の契約関係がなく、しかも、住宅取得者（消費者）保護の必要性が高いという実態が存在しているのである。ところが、本件の場合は、すでに指摘したごとく、注文者は素人の消費者ではなく逆に事業者であり、かつ、わが国有数の大手造成業者である補助参加人とも契約関係が存在しているのであるから、容易に造成者に対する瑕疵責任を追及し得たケースなのである。

しかも、百歩譲って、請負人の責任を問題とするにしろ、不法行為構成により責任を肯定した住宅建築の場合においてさえ、問題となった、造成者に対する、請負人の信頼による「地盤調査義務」の不存在という論点は、とりわけ、

本件において宅地造成者がわが国有数の大手造成工事者であることからして、充分に考慮されねばならないのである。にもかかわらず、造成者の地耐力確保義務全面否定、建設工事者の地耐力確保全面肯定という結論が何故に導かれるのか。誤解を恐れずにあえて憶測すれば、ここにも、消費者保護が問題となる住宅建築類型での解釈論（態度）を、事業者間の土建請負契約類型の実態に安易に（しかも、契約責任、不法行為責任の区別を無視し）スライドさせ、住宅建築事例の「成果」（苦肉の策）をあてはめようとした、本判決の皮相な思考態度を垣間見得るのである。

### ③ 両者の同時並行的履行状況の存在

しかも、不同沈下回避のための地盤確保義務の所在とそれへの信頼という点は、造成工事者と建築工事者とが定期的に、工程会議、および、発注者側（ゴルフコース設計者）の立会いのもとに現場確認等をおこないつつ工事を進捗させていった本件の場合においては、よりいっそう妥当せねばならない。すなわち、本件では、先の住宅建築事例で問題とし想定していたような、造成工事が完成した後に建物の建築がおこなわれた場合とは異なり、工事の進捗状況（換言すれば履行過程）に応じ、同時並行的におこなわれていた工事を、相互に確認し、しかも、発注者の強い要請や指示に拘束されつつ実施されたものである。それゆえ、本件でのゴルフコース建設においては、造成工事者・建築工事者間および発注者・建築工事者間の共同行為的側面および監理的側面から、この信頼原則はよりいっそう妥当するとい得るのである。

## 三 小 括

以上に検討した点の要点をここで今一度確認しておこう。

### 1 解釈論と建設（土建）請負契約類型

請負契約法の近時の流れには、消費者保護の要請も受け、とりわけ住宅建築請負契約の分野においては注文者保護の潮流が存在する。それは、強い（専門事業者としての）建築請負人と弱い（専門知識を持たない素人である消費者としての）注文者との間の請負契約において建築された「欠陥住宅」に対し、いかにして注文者を保護するのか、という課題に應えるなかで展開されてきたものである。しかし、請負契約法の理論および実務は、その一方で、とりわけ、建設請負契約の分野において、立法当初（戦前）から戦後をとおして近年まで、強い（官庁などの）注文者と弱い（資本金の確立しない、そして、厳しい監督を受けた）請負人との間の契約関係において「片務契約」であるといわれる実態を前にして、いかにして請負人を保護し、本来の双務契約的状况を回復するかについて、解釈論的・立法的に貢献してきた。歴史的には、後者における「片務契約性」の克服から始まった理論・実務は、その後、前者における逆の「片務契約性」に遭遇することとなり、かかる状況は、消費者保護という、近時の一般的傾向とリンクし、解釈論上の問題を探究してきたのである。以上の状況は「建築請負契約の二重構造」と称され、これに対する請負法学の理論と実務も、この二大類型を充分踏まえたうえでの適切な対応が要請されるのである。そして、このことこそが、請負契約の双務契約性を公平な態度で貫徹し得るという、より高次の理念に奉仕するものである、との認識が存在している。現実の請負契約（とりわけ、建設請負契約）の実態を充分に認識しておくことが前提となる所以がここに存するのである。

請負契約法における以上の理論・実務の前提を踏まえるならば、そこで展開される解釈論も、そこで前提とされる請負契約類型を充分に踏まえたうえで展開されねばならないことになる。それを無視して、より一般的に注文者保護に傾く解釈論を展開する、逆に、より一般的に請負人保護に傾く解釈論を展開するならば、公平かつ妥当な解釈論および結果を獲得することはできないこととなる。実態を一切無視した、一般的な請負人保護も、一般的な注文者保護



も問題なのである。この点は十分に銘記されねばならない。

## 2 解釈論を左右する建設請負契約の二類型——注文者優位型と請負人優位型

そこで、解釈論を展開するうえで前提となる建設請負契約類型とはどのようなものか、が重要となる。この点については、大きく二つの類型を抽出し得る。一方は、当初から問題となった注文者優位型の請負契約、他方は、請負人優位型の請負契約である。保護の方向性という観点からすれば、前者を請負人保護型、後者を注文者保護型といってもよいであろう。

もちろん、すべての建設請負契約が上記二類型のいずれかに正確に該当するというわけにはいかない。しかし、よりどちらの類型に近いのか、の判断は十分に可能であり、それを前提とすれば、より公平かつ妥当な解釈論が展開され、同時に妥当な結論が導かれることは疑いない。

## 3 本件建設請負契約の類型——注文者優位型（請負人保護型）

一で詳論した如く、本件における契約諸主体は、すべてが事業者であり、注文者も専門知識を有しない素人ではなく、ましては、別に、コンサルタントおよびゴルフコース設計者をも補助者につけみずからの能力を高めているものである。しかも、履行過程においては、これら注文者側の承認と意向を踏まえつつ、すなわち、監理と指示の下に、わが国有数の造成業者であるもう一方のゴルフコース造成工事者と同時並行的に履行がなされている。以上の点を考慮するならば、本件の請負契約類型は、少なくとも請負人優位型（注文者保護型）とはいえない。

そして、注文者が、造成地の地盤沈下・亀裂の瑕疵を、工作物（ボックスカルバート）の瑕疵にすりかえることにより、補助参加人である、わが国有数の造成業者に対して契約責任を追及することなく、この責任をもつばら、もう一方の契約当事者である被告・建築請負人に帰せしめようとする構図をも加味して判断するならば、本件で問題とな

っている類型は、請負人保護型に属するものであるとい得る。

#### 4 判決の解釈的態度

それゆえ、本件で問題となった諸論点については、ことさらに無理な解釈をなすことにより、注文者側に有利な解釈を展開する必要などまったく存在しない。すでに、民法の規定や、本件で問題となった契約で採用されている四会連合協定工事請負契約約款<sup>(49)</sup>の解釈においても、むしろ素直な解釈を施せば充分妥当な結論に到達するのである。

かかる観点から、すでに、諸処において示唆したところであるところ、IV以下において、諸論点の批判的検討をおこなうが、以上の観点から本判決の解釈態度について、あらかじめ一言しておく必要がある。

本件においては、冒頭に挙げた諸論点のいずれかひとつにつき反対の解釈がなされるならば、あるいは、その認定が否定されるならば、被告の責任は否定されていたものであるし、また、後述の如く、否定されるべきものであった（おそらくすべての論点において）。ところが、本判決は、冒頭に挙げた諸論点のすべてにわたって、きわめて強引かつ無理な解釈と認定をおこなうことによって、「注文者」たる原告を保護し、「請負人」たる被告に不同沈下・亀裂の瑕疵に関して全面的に責任を負わせた。かかる解釈を支えていると推測される基本的態度は、「注文者保護（請負人優位）」という、請負契約法における理論・実務における最近の傾向である。しかし、この傾向を正当化しているのは、あくまでも請負人優位型（注文者保護型）の建築請負契約類型に対してなのであり、本件のような注文者優位型（請負人保護型）に近似する建築請負契約類型には妥当しない。したがって、かかる解釈態度は皮相的な誤った解釈態度であるといわざるを得ない。そのもっとも端的なあらわれは、事業者である原告との間に契約関係が存在することから、造成地の不同沈下・亀裂の瑕疵に対しては、本来はなによりもまず、造成工事業者である補助参加人に対して責任が肯定されるべきところ、この者の責任を全面的に否定し、それに代えて、不同沈下・亀裂の瑕疵が存在する造成

地に工作物を建築した被告の責任を全面的に肯定している点、にある。しかも、その論理も請負契約類型に対する理解への疑念さえ抱かせるものである。このような態度は、本判決が依拠したであろうと推測される住宅建築請負事例における同様のケースにおいてさえも容易には採用されていない解釈態度である。

## 5 まとめ

以上により、本判決の諸論点の問題点を検討する背景の概略は把握されたと考える。そこで、この点を前提とし、本件における建築請負契約類型の特色にも留意しつつ、以下では、改めて、個々の論点について、本判決の論理の批判的検討を具体的に起こなうこととする。

## IV 本件における「瑕疵」の対象

### 1 瑕疵の対象としての不同沈下・亀裂

本判決は、本件で問題となる「瑕疵」を、本件ボックスカルバートの、流下機能および耐力の喪失に求めた上で、この「瑕疵」は、造成地の不同沈下および亀裂に起因する、と結論づける。

しかし、請負契約における仕事の瑕疵として問題とされるべきは、瑕疵現象ではなくその瑕疵を生ぜしめた原因、すなわち、瑕疵原因であるというべきである。いうまでもなく、「瑕疵」が存在した場合、瑕疵のない状態を作り出す必要があるが、そのためには、根本的な原因を除去せねばならず、この原因の除去が、通常、瑕疵修補ないし瑕疵除去といわれるものである。表面的な現象に対する対策では何ら根本的解決にならないのである。たとえば、住宅に雨漏りが発生した場合ひとつをとってみても、その形態には天井から部屋に落ちてくる場合もあれば、建物壁内に染み込むようにして侵入してくる場合もある。問題はかかる現象の原因である。しかも、最終的に雨漏りの原因を究明し

た場合でも、雨仕舞いが不充分であったとか、瓦の重ねが甘かったあるいはまた勾配が足らなかった、といったように、その原因もさまざまである。たしかに、瑕疵現象によって生じた壁の腐敗、天井や構造躯体の腐敗に対する補修も当然必要となるが、雨仕舞いをやり直す、瓦の重ねをやり直す、といった真の瑕疵原因に対する修補を適切におこなうことにより初めて根本的な瑕疵除去が可能となるのである。

この点、本件と現象の類似する住宅建築における造成宅地の不同沈下と建物の傾斜等に関連する裁判例においても、傾斜等の根本的原因である造成地の不同沈下が端的に「瑕疵」の対象として問題とされている。

たとえば、①、宅地の造成、販売を目的とする不動産会社から、別会社（大林組）に宅地造成をさせた土地を買い受け、その上に家屋を建築し、居住を開始したところ、本件造成工事の完成後、盛土地区全般にわたり、約二〇ないし三〇センチメートルの地盤の不同沈下が生じた事案では、<sup>(50)</sup>地盤の不同沈下のため、家屋が傾く、柱と敷居、鴨居がはずれ、擁壁に亀裂が入る、門柱が沈む、道路が波打つ、側溝が割れたり中に浮いたりする、ガス管が折れる、地中から水が湧く、土砂が流失する等の被害を受け、このため、家屋の建替え、大修理や転宅を強いられる者が多数生じた、というものである。これに対し、裁判所は、地盤沈下を瑕疵とし、その原因として、（一）勾配の大きい基礎地盤に厚さの大きい盛土をしたことによる盛土の滑動、圧密沈下、および、（二）破碎帯からの湧水等が複合的に作用して生じたものと考えるのが相当である」と判断している。

また、②不動産会社から土地・建物を買った事案であるが、<sup>(51)</sup>ここでは、この土地がもと水田等の軟弱な湿地帯を造成した一部であったことから、敷地の不同沈下が生じ、建物が傾斜したというものである。ここでは、

端的に建物の傾斜の原因である敷地の不同沈下が問題とされているのである。

さらに、③仙台市が造成し分譲した宅地を購入し、住宅を建築した消費者（複数）が、宮城県沖地震によって宅地に亀裂、地盤沈下が生じ、居室が損壊したとして、宅地の売主である仙台市に対して売主の瑕疵担保責任（民法第五七〇条）を追及した事案では、<sup>(52)</sup>裁判所は、造成宅地について、「宅地の亀裂および地盤沈下が発生して地震に耐えられなかったことが、耐震性に關して、通常有すべき品質、性能を欠いていたものといえるかどうか」を問題とし、次のように述べて瑕疵を肯定する。「一般的な造成宅地として販売する場合には、震度五の程度の地震動に対し、地盤上の建築物に軽視できない影響を及ぼすような地盤の亀裂、沈下などが生じない程度の耐震性を備えることが要求されているとみるべきであり、右の程度の地震動により本件各宅地に亀裂等が発生するなどしてこれに耐えられなかった場合には、本件各宅地は、一般的な造成宅地としても通常有すべき品質と性能を欠いていると解すべきである。」との基準の設定後、具体的検討を経て、「本件各宅地は、耐震性において、通常有すべき品質、性能を欠いていたもの、すなわち、『隠れたる瑕疵』が存在するものといわざるを得ない。」と判断する。その上で、居室の修補費用を損害とし、その賠償を肯定したのである。

以上から明らかなように、本件において瑕疵の対象として問題とされるべきは、造成地の地盤沈下・亀裂そのものであり、これによって生じたボックスカルバートの流下機能の低下等はその現象面とし理解されるべきものである。それは、造成宅地の地盤沈下・亀裂により傾斜したり損壊したりした建物に相当するものである。

そして、このように把握することにより、後述のように、仕事の瑕疵の責任帰属主体を確定するための前提として必要とされる瑕疵の存否の判断にとって不可欠な、いずれの契約主体との請負契約が問題となるか、という問題を抽

出し、その者とのあいだの契約解釈から瑕疵を認定し、造成地の地盤沈下・亀裂に対する責任主体を確定する作業もより明確かつ容易となるのである。

## 2 本判決の論理に対する批判

本判決は、まず、ボックスカルバートの瑕疵を問題とし、その原因として造成地の不同沈下・亀裂を指摘する。たしかに、根本的な原因として造成地の不同沈下・亀裂を指摘している点は十分に首肯し得るものである。しかし、瑕疵として前面にでているのはあくまでもボックスカルバートである、との前提で議論が進められている。本件において問題となるのは、むしろ、本判決も適切に認識しているように、ボックスカルバートの瑕疵現象よりもその瑕疵原因である造成地の不同沈下・亀裂である。それゆえ、前項の指摘からも明らかなように、ここでは瑕疵現象をもって瑕疵を認定すべきではなく、瑕疵原因をもって瑕疵の対象として把握すべきである。本質は瑕疵原因に存するのである。そうであれば、ボックスカルバートの流下機能等の喪失が造成地の「不等沈下及び亀裂に起因する」と判断している以上、ここでは、端的に不同沈下・亀裂を瑕疵の対象として把握すべきなのである。本判決の論理には、この点においてまず、不正確な点が存する。

## V 「仕事の瑕疵」およびその認定

### 一 補助参加人・造成工事者の仕事の瑕疵

#### 1 「仕事の瑕疵」と責任主体

以上のように、瑕疵の対象とされるべきものが確定されたとしても、これが瑕疵（本件の場合でいえば「仕事の瑕疵」）であると判断されるためには、そもそも瑕疵とは何を意味するのかを明確にしておく必要がある。

いうまでもなく、請負契約における「仕事の瑕疵」とは、完成された仕事に定められた内容と異なり、使用価値もしくは交換価値を減少させる欠点が存在するか、または、当事者があらかじめ定めた性質を欠くなど不完全な点を有することをいう。<sup>(53)</sup> それゆえ、瑕疵の存在を確定するためには、まず、契約解釈をとおして、注文者・請負人間の契約内容（債務内容）を確定することが不可欠となる。

それでは、本件においては、注文者である原告と誰とのあいだの請負契約の、契約解釈をとおした内容確定がなされるべきか。この点、本件で問題となっている「仕事の瑕疵」の対象は、本判決においても根本的には承認しているように、造成地の不同沈下・亀裂である。そうであれば、本件では、ゴルフコース造成工事請負人である補助参加人とのあいだでなされた「徳島フォレストゴルフ倶楽部コース造成工事」（以下、「本件造成工事」という。）請負契約の内容確定がまず当然に問題とされねばならない。

## 2 造成工事の内容——転圧義務（手段）ではなく地耐力確保義務（仕事結果）

それでは、本件造成工事請負契約の内容はいかなるものであったか。特に、補助参加人の不同沈下・亀裂を回避すべきであった「地耐力確保」に照準をあてて解釈することとする。

原告と補助参加人との建設請負契約は、補助参加人の債務内容（仕事の完成）である「徳島フォレストゴルフ倶楽部コース造成工事」と、これに対する原告の報酬債務である二〇億七五〇〇万円が対価的債務関係に立っている。そして、上記の抽象的な仕事完成債務は、仮設工事、測量設計工事、切盛土工事、造形仕上工事、客土工事、張芝工事、道路工事の具体的な履行過程を経ることが要求されている。<sup>(54)</sup> これらの具体的債務のうち、切盛土工事は、工事費用の割合からして半分を占めており、この工事のさらなる具体的債務内容は、土砂、軟岩、中硬岩については、「除根」「ブツシング」「リップピング」「運搬」「敷均」であり、硬岩については、「発破」「切崩・収土」「積込」「運搬」「敷均」で

ある。<sup>(55)</sup>

しかも、本判決が述べる如く、一般に、「山地等において大規模な宅地やゴルフ場の造成が行われた場合、樹木で山肌が覆われている造成前の状態に比べ、一般に二割程度多く雨水が流れ出すようになることから、雨水の流出増加による地滑り、周囲への影響等を防止するため、ため池（調整池）等を設けるほか、地表に排水路を設けることがある。ただ、ゴルフコースの造成の場合、コースレイアウトの関係から、小川等の地表排水路を設けることができないことがあり、その場合には、地下にトンネルを設けて排水を行うことがある。右排水のためのトンネルがボックススカルバートである。<sup>(56)</sup>」このような本件ボックススカルバートの設置は、防災計画の一環としてなされるものであるところ、本件のボックススカルバートの形状やコンクリートの厚み等の設計は、原告側（正確には原告から業務委託を受けた四国建設コンサルタント）がおこない、その設置は被告によりなされている。しかも、補助参加人は、以上のようなボックススカルバートの設置を当然の前提として造成をおこなっている。このことは、「本件ボックススカルバートの施工は、①切土・盛土（造成）、②床掘、③ボックススカルバートの設置、④埋戻し、⑤盛土の工程で行われ」、「補助参加人は、このうち①及び⑤を施工し、その余の工程は」被告「によって施工された。」<sup>(57)</sup>という具体的履行過程からみても明白である。このように、補助参加人と原告とのあいだには、同時並行的履行過程状況が存在するとともに、さらに、これを適切におこなうための「工程会議」において両者の協議がおこなわれていた。要するに、造成工事者である補助参加人は、本件「ゴルフ倶楽部」建設において、ボックススカルバートの設置がなされることを認識しており、しかも、その設置の履行過程と工程会議により、いかなる場所にもどのようなボックススカルバートが設置されるのかについての具体的な認識もしており、<sup>(58)</sup> かつ、実際にも、ボックススカルバートを設置する前に、上記に示した被告とのあいだの設置の工程からして、その設置を前提とした切土・盛土をおこなっているのである。



以上の諸点を考慮に入れて解釈するならば、本件における造成工事請負契約においては、ボックスカルバートの設置を前提とした造成がなされることが、請負契約の内容として当然に導かれる。しかも、現実の履行過程により債務内容（給付義務）の内容が具体化されるという観点からすれば、具体的に設置されるボックスカルバートがいかなるものであるのかの認識を前提に造成をおこなうことが債務内容として課せられているのである。したがって、ボックスカルバートの設置される造成部分においては、当該ボックスカルバートの設置に耐え得る地耐力の確保された造成がなされねばならないことが契約上要求されることになること、言うを俟たない。本判決は、なんらの法的根拠を示すことなく「地耐力確保義務」を導いているところ、この義務（債務）なるものの内実は、実は、本件における造成工事者の債務内容そのものである。したがって、補助参加人は、かかる債務を適切に履行するために、地盤調査、土質調査、ボックスカルバートの設置に耐え得る地耐力を確保するための具体的方法の決定、その適切な実施、という履行過程をとおして仕事の結果を出さねばならなかったといえる。

そうであれば、本判決もいうように、補助参加人が、「本件ボックスカルバートの支持地盤について土質調査を行ったが、その地耐力が本件ボックスカルバートを設置するのに十分であるかどうかを検討していない」こと自体、すでに重大な債務不履行が存在するのである。しかし、本判決が、「補助参加人は、原告に対し、本件ボックスカルバートが設置されることを前提として、その支持地盤について十分な転圧を行うべき義務を負っていたものと認められる」<sup>(60)</sup>（傍点引用者）と述べる点は、明らかな誤りを犯している。補助参加人が負担している債務はあくまでも、ボックスカルバートの設置を前提とした地耐力の確保された造成、という結果なのであり、その一達成手段たる転圧すること自体ではないのである。確かにこの結果を達成するために充分な転圧をおこなうことも必要ではあろう。しかし、それはあくまでも、仕事の結果を出すためのひとつの手段であり、それ自体が目指されるべき目標ではない。そうでな

ければ、転圧が、仮に本判決のように、「義務」と規定されていても、それは単なる努力義務に墮す危険が生ずるのは必至である。事実、本判決は、「補助参加人は、本件ボックススカルバートの支持地盤について、当時もっとも高い性能を有するとされていた機械を用いて転圧を行ったものである（橋）から、地耐力を更に増強するためには、地盤改良工事あるいは杭打設等の補強工事を行う必要があった」と正当に指摘しつつも、<sup>(61)</sup>「転圧をしただけでは地耐力が十分でない場合に、転圧以外の工事を実施して地耐力の確保に努めるべき義務までは認められない。」<sup>(62)</sup>と、転圧義務を努力義務化し、まったく誤った結論を導いてしまっているのである。

すでにIIIにおいても指摘しておいたように、請負契約の本質は、約束した「仕事の結果」を請け負う点、および、その仕事結果をいかなる方法で達成するかは請負人の裁量に属する点、にある。すなわち、結果を出す、成果を出すことが請負の本質なのである（雇用契約と異なる所以である）。努力したがだめだった場合は、履行が不能でない限り、明らかに債務不履行であり、不完全履行であり、仕事の瑕疵が存在する。補助参加人が負担している債務は、「ボックスカルバートの設置に耐え得る造成」という仕事結果なのであり、転圧という履行方法（やり方）で不充分であるなら、地盤改良工事という履行方法、あるいは、杭打設という履行方法を採用するなどしてこの仕事結果を招来せねばならないのである。しかも、補助参加人は、わが国有数の造成工事者であることから、かかる債務の履行は充分に可能であったのである。

それは、構造物設置の請負人である「被告において実施するのが相当であると考えられる」<sup>(63)</sup>などと言われ得るものではないのである。

### 3 「地耐力確保義務」の位置づけ——補助参加人の債務

以上の検討から、本判決が述べる地耐力確保義務は、原告と補助参加人とのあいだの請負契約の内容、すなわち、

補助参加人が負担している仕事の一内容であることが明らかとなった。それゆえ、これをことさら特別に抽出して検討する必要はない。

#### 4 本件へのあてはめ——仕事の瑕疵の存在

以上を前提として、本件における仕事の瑕疵の存否を明らかにしておく。補助参加人が請け負った造成は、地耐力が確保され不同沈下・亀裂を生じないものであるところ、実際に「完成」された造成地には、地耐力が確保されていない造成地のため不同沈下・亀裂が生じ、その結果、造成地の工作物であるボックスカルバートの流下機能および耐力喪失をも惹起した。これは、ゴルフコース造成工事請負契約において合意された内容を充足しない仕事結果である。それゆえ、補助参加人が請け負った仕事には瑕疵が存在することになる（すなわち、不完全履行である）。

## 二 「被告の地耐力確保義務」批判

### 1 はじめに

以上から、本件で問題となった地耐力確保義務は、補助参加人の請負契約上の債務として導かれるものであること、それゆえに、この確保されていない、補助参加人の仕事には瑕疵が存在することが明らかとなった。かかる論理からしても、被告の地耐力確保義務は請負契約上問題とならない。それゆえ、本件に関しては、この時点で被告の責任は脱落することになる。それゆえ、これ以上論じる必要はないともいえる。もつとも、本判決が、被告の地耐力確保義務違反を根拠としてその責任を肯定していることから、その論理の不当性を、論理自体に即して批判しておく必要もあろう。そこで、以下において、この点について論しておく。

### 2 問題の所在

さて、本判決は、一方において、すでに詳述したように、原告と補助参加人間における契約内容の確定をまともにおこなうことなく、仕事の結果である「地耐力の確保された造成」ではなく、その一履行方法（達成手段）たる「充分な転圧義務」なるものを観念し、しかも、これを努力義務化するという二重の誤りを犯すことにより、造成者の、地耐力の確保義務の不存在という、まことに奇妙な結論を導き出し、他方において、「構造物の設置を請け負った者は、通常、統合構造物の支持地盤が十分な地耐力を備えているかどうかを確認し、地耐力が不十分な場合には、自ら地耐力を確保するために必要な工事を実施すべき義務を負う」（傍点引用者）などとし、<sup>(64)</sup>第一節で問題とした地耐力確保のための種々の工事方法も「本件ボックススカルパートの構造等について詳細な資料を有する被告において実施するのが相当と考えられる」として、何らの契約解釈も根拠も提示することなく、強引に、工作物の設置を請け負った被告にその義務を設定した。

かかる論理のうち、前半部分についてはすでに一において批判的に検討した。本節では、後半部分に関して、何故に、大手有数の造成業者の義務（したがってまた責任）を全面否定し、工作物の請負人にかかる義務を負担させねばならないのかにつき、改めてその論理の不当性を明らかにしておくこととする。

### 3 「構造物設置請負人」の地耐力確保義務の不当性

#### (1) 問題の所在

本判決は、構造物の設置を請け負った者の地耐力確保義務を何らの根拠も示すことなく一般的に設定している。しかし、この義務違反を根拠として、被告の瑕疵担保責任を肯定していることからすれば、この義務を契約上のものと考えていることに疑いない。もっとも、本判決は、「構造物の設置」を請け負った者は、「通常」この義務を負う、といっていることから、明示の合意がなくてもこの義務が存在すると考えているものようである。それでは、いかな

る法的根拠により、「通常」、義務を負うといえるのか。

(2) 参考裁判例

この点を明確にする上で参考となるのが、以下に紹介する二つの裁判例である。<sup>(66)</sup>

まず、福岡地判平成一一年一〇月二〇日は、建物の沈下（不具合）の原因が「地盤の不同沈下」に起因するものであるとし、注文者が、請負人の地盤調査義務およびその地盤対策義務を怠ったとして、不法行為（主位的）ないし請負人の瑕疵担保（予備的）を根拠として責任追及をした事例である。これに対し、判例は、以下のように、請負人の「安全性確保義務」という行為義務を設定し、その義務違反を根拠に不法行為責任を肯定した。<sup>(67)</sup>「一般に建物の建築をする業者としては、安全性を確保した建物を建築する義務を負うものであるから、その前提として、建物の基礎を地盤の沈下又は変形に対して構造耐力上安全なものとする義務を負う」とし、「この義務を果たす前提として、建物を建築する土地の地盤の強度等について調査すべきであり、その結果強度が不十分であれば、盛り土部分に対して十分な展圧<sup>ひきしめ</sup>を掛けるか、強度が出る地盤まで支持杭を伸ばして基礎を支える構造にするなどの措置をとる義務を負う」と。なお、この事例では、造成土地なのか否かは不明である。

京都地判平成一二年一〇月一六日は、造成土地を購入した者（消費者）が、その上に住宅建築を注文し、完成後この建物の引渡しを受けて居住していたところ、本件土地・建物に、外壁や基礎コンクリートに多くの亀裂が発生したり、地盤の圧密沈下が発生したりして、建物変位（傾斜）や、建具や建付不良が判明したことから、建築業者に不法行為責任を追及した事例である。裁判所は、本件では、盛土地盤に対する締め固め作業（転圧作業）が十分に行われなかったために、支持力の弱い地盤層が地中に残ってしまい、その上に建てられた建物の荷重等

には耐えられない地盤になってしまった等の瑕疵原因を指摘し、建築業者の、不同沈下を起こさないことへの配慮義務違反を根拠に、建築業者の不法行為責任を肯定したものである。そのさい、判例は、配慮義務の基礎づけとして次の点を挙げる。「これは生命・身体・財産の保護と公共の安全が図られる建物の建築を請負うべき社会的責任のある建築業者としては、当然尽くすべき基本的な注意義務と解されるし、建物の注文者も、建物を取り巻く社会環境もこれを期待していることはいうまでもないからである。」と。

### (3) 本件との異同

以上の裁判例において共通しているのは、いうまでもなく建物（住宅）の建築が問題となっている点、請負人の瑕疵担保責任が問題になっているのではなく、不法行為責任が問題となっている点である。これに対して、本判決の論理は、「構造物の設置」を請け負った者が「一般に」、契約上「地耐力確保義務」を負う、とするものであり、その構成に大きな相違がある。もともと、福岡地裁の判決の口吻と、本判決の口吻とは、「建物の建築をする業者」が「構造物の設置を請け負った者」に置き換えられている点を除き、きわめて類似している。

### (4) 本判決の問題点

そこから、逆推し得るのは、本判決は、意識的にか無意識的にか、建物建築事例を本件のようなゴルフ場での設置物事例に無条件にスライドさせ過度の一般化を図っている、ということである。しかも、住宅建築の上記二例においては、この義務を契約上の義務としても規定できないと考えたからこそ、いずれも建築請負人の行為義務違反を設定して不法行為構成により消費者たる注文者を保護しているのである。なんらかの理由により宅地造成者に対して責任追及をなし得ない（あるいはしても十分な救済が得られない）ために、すでに縷々述べた如く（Ⅲ）消費者保護の要

請という傾向にも合致するゆえに、本来、「建物の建築」という「仕事の完成」を請け負う請負人に対して、責任を肯定するための苦肉の策として不法行為を根拠として責任を肯定しているにもかかわらず、本判決は、一方では、消費者のための「建物建築」を、企業のための「ゴルフ場の構造物設置」に不当に一般化し、他方で、住宅建築事例においてさえも慎重な不法行為構成がとられているものを契約責任とする、といったように、二重の操作をおこなうことにより、被告の責任を肯定しているのである。

裁判所のかかる態度（形式的な注文者保護）の問題点はすでにIIIで詳述したので繰り返さない。ここでは、何故にかかる論理が問題なのかを内在的に批判しておくことが重要となる。そのさいの要点は、住宅建築事例において、苦肉の策としてでも認められてきた建築業者の地盤に対する責任を正当化する根拠である。その根拠の本質の一端をあえて指摘するとすれば、上記二判例のうちの京都地裁の裁判例における基礎づけに表現されているといえる。

#### （5）住宅建築事例における建築請負人の地盤確保義務の実質的根拠

すなわち、もし、住宅建築請負人に地盤確保義務を負担させ得るとすれば、それは「生命・身体・財産の保護と公共の安全が図られる建物の建築を請負うべき社会的責任のある建築業者としては、当然尽くすべき基本的な注意義務と解されるし、建物の注文者も、建物を取り巻く社会環境もこれを期待していることはいうまでもないからである」ということである。それは、土地と建物とは別個の不動産であるとの前提に立っている現行法制のもとでも、両者は密接に関連し、地盤の不同沈下等の瑕疵が建物の倒壊や傾斜等を招来し、その結果、居住者の生命・身体等のいわば完全性利益を侵害する危険を内包していることから、特に、社会生活上の義務として地盤確保義務の存在し得ることを肯定している、と解釈し得るのである。このことは、「建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低限の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もつて公共の福祉の増進に資することを目的とする」建築基準法

(第一条) が、敷地の重要性にかんがみ、敷地の安全について規定している(第十九条<sup>(70)</sup>) ことから明らかである。また、宅地造成規制法が、宅地造成に関する工事の技術的基準等を(第九条)、さらに、これを受けた宅地造成等規制法施行令が、地盤に関し、切土、盛土をする場合の技術的基準を定めている(第四条<sup>(71)</sup>) ことから、明らかである。

#### (6) 本件への類推の問題性

しかし、本件での問題は、宅地造成とは異なるゴルフ場造成であり、しかも、建築物ではなく排水のためのトンネルである。<sup>(72)</sup> 文言上からも、立法趣旨からの類推の可能性もないと言い得る。<sup>(73)</sup>

仮に、百歩譲歩して類推の可能性があるとしても、地盤確保義務のみ類推し、宅地造成規制法(および宅地造成規制法施行令)の類推による地盤確保義務をも類推しないということであれば、それは、一方当事者(造成工事業者たる補助参加人)への配慮のみで、まさに不公平となり、正義に反する結果となる。この場合、仮に類推がなされ得るとした場合、「盛土をする場合には、盛土をした後の地盤に雨水その他の地表水の浸透によるゆるみ、沈下又は崩壊が生じないように締固めその他の措置を講じなければならない。」(宅地造成規制法施行令第四条第三項)とされている部分も当然に類推されることにならねばならないであろう。そうすると、この点から、補助参加人の盛土方法の措置の不適切性が指摘されねばならないことになる。

以上の考慮からしても、本件における地盤沈下・亀裂の瑕疵責任を造成工事業者でなく、構造物設置業者に負担させる何らの積極的根拠も見出し得ない。もし、上記類推をおこなおうとするなら、まさに大手造成業者(企業)に有利な仕方でのみそれをおこなうこととなり、「片務契約性」に拍車をかけることになる。

#### 4 造成業者の地耐力確保への信頼原則の妥当性

本判決の論理に対して批判されるべき最後の点は、ここでさらに百歩譲って、不法行為法上(契約法上ではない)



の、地耐力確保の行為義務の可能性を前提としたとしても、本件においては、この行為義務は、信頼原則によりなお否定される、ということである。<sup>(74)</sup>以下、この点を詳述する。

そもそも不法行為における過失は、民法第一条の信義則から義務づけられる行為義務違反と把握される。そして、この行為義務は、法の立場から要求する標準人の能力によって守ることができる義務である、という意味において客観的なものである（抽象的過失）。すなわち、過失は客観的行為義務違反である。それでは、何故に客観的行為義務違反が存在すれば帰責されるのか。それは、極度に高度化した現代技術社会におけるわれわれの社会生活は他人の利益を侵害する危険性を内包しているがゆえに、その円滑性を可能とするためには、各人が危険分配の結果として設定された客観的行為義務を守って行為することへの期待信頼が存在せねばならない、からである。その結果、各人が自身に課せられている客観的行為義務に違反することは他の社会構成員が彼に寄せる信頼を裏切ることになる。それゆえ、この信頼を裏切った点に、帰責の根拠が求められるのである。周知のようにかかる思想は、これまで典型的には、交通事故事例で適用された信頼原則である。<sup>(75)</sup>

そして、かかる観点から、本件における、ゴルフコース造成工事者とボックスカルバート設置工事者との地耐力確保義務を考えるうえで参考になる裁判例としては、すでに、瑕疵の対象を確定するために論じた箇所において引用した千葉地裁松戸支部判平成六年八月二五日である。<sup>(76)</sup>

既述のように、この事例では、不動産会社から土地・建物を買収受けたものの、この土地がもと水田等の軟弱な湿地帯を造成した一部であったことから、敷地の不同沈下が生じ、建物が傾斜したというものであった。買主は、売主の不動産業者に対して瑕疵担保責任（民法第五七〇条）を追及するとともに、この宅地の造成者に対して宅地の不同沈下の瑕疵に対して不法行為責任（民法第七〇九条）を追及したものである。ここでは、この後者にあげた造成者へ

の不法行為責任の成否が重要である。

本件では、この造成者の不同沈下に対する過失が肯定されるかが焦点となったところ、実は、この造成者は、別の造成者に宅地造成を請け負わせていたことから、この造成者が別の造成者に造成を請け負わせるにあたり、必要な指示を怠ったことに過失があったか、造成地に建物を建築したことに過失があったか、が焦点となった。

これらの点につき、裁判所は、以下に紹介するように、都市計画法第二九条にもとづく開発許可を得た際の許可条件を根拠に、一般的には宅地造成者に対し不同沈下を生じさせないよう充分配慮するよう要請する義務を肯定したが、造成を請け負った造成者の土木の専門業者性を前提とした具体的工事方法に関する裁量性、造成工事完了後の県知事の検査の終了、これらに対する信頼等を根拠として、造成者の指示および建築に対する過失を否定したのである。

まず、注文者としての必要な指示に関する過失について。① 本件土地を含む近隣一帯は、もと水田等の軟弱な湿地帯であったところ、訴外日本電建（上記「注文者・造成者」のこと——引用者、以下同じ）は、昭和五二年七月五日、千葉県知事より、右一帯の土地六万一一三八平方メートルの地域について、都市計画法二九条に基づき開発許可を得、右許可に基づき、訴外大日本土木に対し、右土地の宅地造成工事を、請負代金六八億円で請負させた。そして、右許可には、原告主張のとおり、『軟弱な土地の造成及び盛り土の造成については、あらかじめ地質調査、地耐力試験等を十分に行い、地盤沈下等が起きないように措置』するほか、『造成後、建造物等に不等沈下が生じないよう、軟弱地盤対策について十分な配慮をすること』との条件が付されたことが認められる。したがって、一般的にいえば、訴外日本電建（注文者・造成者）が、宅地造成を請負う業者に対し、右土地の状況を知らしめ、宅地造成に当たり、建築物等に不等沈下が生じないよう、軟弱地盤対策について十分な配慮を

するように要請する義務があったといえる。

② そこで、訴外日本電建（注文者・造成者）が右義務を怠ったといえるか否かについて按ずるに、訴外日本電建が、宅地造成工事を、請負代金六八億円で請負させた訴外大日本土木（上記「造成業者」のこと——引用者。以下同じ）は、東証一部上場の大企業であり、かつ、その分野の専門業者である。通常、大手の専門業者が、当該土地を宅地造成するという工事を請負う場合には、右土地がどのような土地であるのか、その目的のために、どのような工事方法を採用すればよいのか等については、自己の専門知識と経験を駆使して、当然調査しているはずであり、本件においては、前記の開発許可証自体に、『工事施行前の住所氏名』として訴外大日本土木のそれが記載されているが、訴外大日本土木としては、訴外日本電建から宅地造成工事を請け負うに当たり、当然右許可証の写しの交付を受けているか、少なくともその説明は受けているものと推認される。そして、具体的な工事方法の選択等については、当該専門業者たる訴外大日本土木の判断に委ねられたものと考えるのが相当である。

したがって、訴外日本電建（注文者・造成者）が、訴外大日本土木（造成業者）に宅地造成工事を依頼するに際し、工事内容等について具体的な指示をする等の実際上の必要性は考え難く、考えられるとすれば、訴外大日本土木（造成業者）が知り得ず、訴外日本電建（注文者・造成者）が知っていた特別の事実があったような場合であろうが、本件において、右のような事実があったことを認めるべき証拠はない。」

つぎに、本件建物を建築するに關する過失について。「（一）前認定の事実、《証拠略》によれば、次の事実が認められる。

① 訴外日本電建（注文者・造成者）は、前示のとおり、大手の専門業者である訴外大日本土木（造成業者）に対し、本件土地を含む一帯の土地の宅地造成工事を、請負代金六八億円で請負わせ、同工事完了後の県知事の

検査も終了している。したがって、訴外日本電建（注文者・造成者）としては、一応、『軟弱な土地の造成及び盛り土の造成について、あらかじめ地質調査、地耐力試験等を十分に行ない、地盤沈下等が起きないように措置』され、『造成後、建造物等に不等沈下が生じないよう軟弱地盤対策について十分な配慮』がなされたものと、信頼したものと推認される。

② その上で、訴外日本電建（造成者）は、本件建物を建築するに際し、ベタ基礎工法を採用した。ベタ基礎工法とは、要するに、建物の敷地全体にコンクリートの基礎を打つ工法であり、柱の部分だけに基礎をおく独立基礎や建物の外周のみに基礎をおく布基礎とは異なり、応力が広く分散するため、局部的に少し位地盤に不均一があつても、不等沈下を防止する機能を持つものである。

③ しかしながら、ベタ基礎工法も、地盤が、本件のように、全体として大きく不等沈下した場合には、もとより、対応し切れず、建物の傾斜を免れることはできない。したがって、これを防ぐためには、建物建築に当たり、予め建物敷地になるべき地盤をボーリング調査し、必要に応じ、支持地盤に達する杭打ちをして、これに対処する必要がある。

④ そして、訴外日本電建（造成者）が、本件建物の建築に当たり、右のような地盤のボーリング調査及びそれに基づき必要とされる支持杭の打設等の措置をしていれば、本件瑕疵の発生は、防げたものと考えられる。

(二) しかしながら、訴外日本電建（造成者）に対し、本件建物の建築に当たり、そこまでの注意義務を課すべきか否かについては、微妙な価値判断を要求される。

すなわち、本件土地一帯の開発許可を得、これを事業主体として施行したのは訴外日本電建であるという点を強調すれば、建物の建築に当たり、今一度、不等沈下の心配がないか否かを調査すべきであつたということにな

るかもしれないが、大手の専門業者に、その上に建物を建築することを予定した宅地造成工事を請負わせ、これを実施させた以上、特段の事情がない限り、これを信頼して建物の建築に着手しても、当然に過失があるとはいえない、と考えることもできる。そうすると、訴外日本電建について、本件建物建築についての過失を問うこともできないものといわざるをえない。」

以上、住宅建築事例と、本件とのケースを軽々に比較することは避けねばならないとしても、このように、常に、住宅建築業者が常に、地盤の瑕疵について責任を負うことになるわけではないことの恰好の例といえる。しかも、ここでは、業者間の造成工事請負契約において、とりわけ、造成業者の規模や専門性に対する信頼原則から、過失を否定し、結局、住宅建築における注文者（消費者）に対する不法行為責任をも否定しているのである。

以上の信頼原則の一般論および裁判例を前提とするなら、本件においては、より一層この原則が妥当するといえよう。すなわち、上記のように、補助参加人には造成業者として地耐力確保債務が存在した。しかも、この者はわが国有数の造成専門業者である。ボックスカルバートの設置は前記の工程を経ておこなわれ、補助参加人と被告とが共同し、定期的な工程会議を開催して相互の履行状況を綿密に確認し合っていた。補助参加人はボックスカルバートの設置場所およびいかなるボックスカルバートが設置されるのかを認識し、かつ、そのことを前提に、ボックスカルバート設置前の具体的工程（手順）として、切土・盛土をおこなった。これを前提に、被告はボックスカルバートを設置した。他方、県の開発許可を得るために原告側（四国建設コンサルタント）が本件ボックスカルバートを設計している。しかも、遮水壁の「二〇メートル間隔」問題にしても、原告側（四国建設コンサルタント）が、これまた原告側のゴルフコース設計者の指示に従い、「県の砂防課との間で協議を行い、継手及び遮水壁の間隔については二〇メートル

ルを標準としてよい旨、岩着となる部分についてはジョイント及び遮水壁を設けなくてよい旨の回答を得<sup>(77)</sup>、しかも、これが工程会議により確認されている<sup>(78)</sup>。以上の諸点を勘案するなら、被告としては、ボックスカルバートの設置に耐え得る地盤が確保がなされていると信頼するのは当然である。仮に過失が問題とされ得るとしても、信頼原則により、過失の前提たる行為義務が否定されるのである。

### 三 小 括

以下要約しておく。

1 本件における地盤沈下・亀裂の瑕疵の帰属主体は、ゴルフコース造成者である補助参加人である。補助参加人には、ボックスカルバートの設置に耐え得る地耐力確保義務が存在していたからである<sup>(79)</sup>。

2 被告には地耐力確保義務は存在しない。それゆえ、この債務（義務）を課すことは不当である。本件では、原告は造成と建築の二つの請負契約を締結しているところ、補助参加人とのあいだに地耐力債務が存在する以上、被告とのあいだにこの債務を認める必要性も可能性も存在しない。住宅建築事例を念頭においているものとの推測が可能であるが、消費者保護を前提とし、しかも、居住者の完全性利益の保護をも考慮している住宅建築事例と、業者間のそれもゴルフ場建設が問題となっている本件の場合とはそもそも類型を異にしている。加えて、住宅建築事例においてさえ、契約上の義務は問題とされ得ず、不法行為上の義務が問題となっているに過ぎない。

3 さらに、仮に、百歩譲歩して不法行為上の義務を考え得るとしても、ここでも、住宅建築事例においてさえも信頼原則が妥当しており、しかも、信頼原則は、本件の場合には、その履行過程の実態をも踏まえるなら、より一層妥当するものである。

4 以上、いずれの点からしても、被告が、本件における地盤の瑕疵（不同沈下・亀裂）について責任を負担する根拠は存在しない。

## VI 起算点「毀損の日」の約款解釈

### 一 緒論——問題の所在

本判決は、本件約款にある「毀損の日から<sup>(80)</sup>」という除外期間の起算点につき、「毀損を認識しあるいは認識し得べき状態になったとき」として、客観的に判断されることが予定されている起算日を注文者の主観にかからしめる解釈をしている。かかる解釈は、これまでの請負法学および裁判実務においても主張されたことのない見解であるものの、以下、かかる立場を、論述の便宜上、主観説と呼ぶこととし、これまでの通説のように文字通り客観的に判断する立場を客観説と呼ぶこととする。

かかる解釈は、一見すると、注文者保護の潮流と合致しそうであり、この傾向に沿おうとしたものであるとの推測が成り立つ。もつとも、本件の場合にかかる解釈態度を採用することの問題性は、すでに、IIIにおいて詳述したので、この点については触れない。ここでは、主観説の解釈がはたして体系的、論理的に可能であるのか、を内在的に検討せねばならない。

### 二 主観説批判

本判決は、主観説を採用する根拠を、「右約款にこのような条項が設けられた趣旨は、目的物が滅失し、毀損したときは、瑕疵の存在が明白となるため、早期に権利を行使させようとするものである。」ことから導く。<sup>(81)</sup>

かかる解釈も、目的論的解釈として成立し得るが如くであるが、明らかに文言に反している点を措くとしても、以下のような諸理由により、体系的、論理的整合性に支障をきたすとともに実態にも反しているといわざるを得ない。

### 1 瑕疵担保責任の存続期間は除斥期間

まず、ここで問題となる起算点の前提としての瑕疵担保の存続期間は、判例および学説上除斥期間と解されている<sup>(82)</sup>。その趣旨は、通説によれば、そもそも除斥期間とは、権利の行使期間の一種であり、法律関係の一定期間内の確定を目的とするところ、長期間を経て瑕疵の判定が困難となることを避け、権利関係を早期に確定する必要がある点に存する。請負人の瑕疵担保責任の存続期間がかかる趣旨のものであることからすれば、この期間をむやみに長期化する解釈は、かかる趣旨に反することになる。その意味で、本判決が採用する主観説は、判例・通説の根本的な思想に反することになる。この点は、つぎに述べる「瑕疵の明白性」とも関連することになる。

### 2 毀損の場合は、そもそも瑕疵は明白ではない

確かに、本判決も述べるように、「工作物が瑕疵によつて滅失または毀損したときは、その瑕疵があることが最も明白なるがゆえに、注文者は直ちに担保の請求をなすべきこととすることも可能である。ゆえに、この場合においては、その滅失または毀損の時より一年内に、第六・三四条の権利を行使すべきものとしたのである。」とする梅博士の見解が<sup>(83)</sup>現在においても、通説と考えられている<sup>(84)</sup>。しかし、かかる立場が典型的に妥当するのは、工作物の「滅失」の場合であり、「毀損」の場合は必ずしもこのようにはいえないのである。この点につき、ここで問題となる民法第六三八条（第二項）を起草した、穂積陳重の起草理由を見れば明らかである。彼は、大要、次のように説明していた<sup>(85)</sup>。

民法第六三八条「第二項は、旧民法財産取得編第二八〇条にあたり、瑕疵が出てきたときにはどれくらいの間これ



を訴えてよいかを規定している。旧民法の場合は二つを分けており、全部の滅失のときはその滅失の時より一カ年とあり、一部の滅失すなわちここでいう毀損または重大な毀損の場合においては、請負人の責に帰すべき期間の満了の時から六ヶ月とある。これは、旧民法ではなかなか考えたことであろう。滅失は、ごくよく分った事実であるから、その時から一年、毀損などの場合においては、毀損ごとに再三再四訴えねばならないようになる。それゆえに責任期間の満了をまつて、全部の毀損を一度に訴えてその賠償を請求するのがよい。それで期間満了の時から六ヶ月内ならばよいとした。これも確かに理由のあることであるが、原案では旧民法と少し違つて、修補請求権があり、これについては今の議論は当てはまらない。毀損が現れたならば少しでも早く請求するのがよい。そうすればまた、更なる毀損も生じない可能性もある。すなわち、責任期間の満了をまつて損害賠償を請求せよという理由はその点については当てはまらないことになる。さらに、毀損の場合は、滅失の場合と比較して（瑕疵より毀損したものかその他の原因から毀損したものか）証明のしにくいことが多くある。そのために余りに長く待たせておくこともない。以上の理由から、旧民法のように責任期間の満了の時から六ヶ月ということにはせず、滅失又は毀損の時から一カ年としたのである。」（傍線引用者）

以上の点から明らかな如く、一般にいわれているように「瑕疵が明白」なのは、実は、「滅失」の場合のみが前提にされているのである。本件で問題となつている「毀損」の場合は、却つて、「瑕疵が明白」でない、ということが前提となつており、しかも、立法者はこの点を充分承知し、しかし、だからといって長期間の権利行使を認めていては、毀損の眞の原因（瑕疵によるものかそれ以外によるものか）の究明が困難になる、との配慮から、毀損の場合については、「毀損の時」から短期の一年としたのである。これが、立法者意思にもつとも忠実な解釈である。

かかる観点からすれば、「毀損の日」の場合の起算点につき、本判決のような主観説を採用することは、立法者が意識的に否定した期間の長期化の回避を蒸し返すことになり、また、本件約款が民法で規定されている期間をさらに短くしている趣旨に違反した、的外れな解釈とならざるを得ない。それゆえ、このような主観説は採用し得ない。

### 3 主観説は瑕疵担保の存続期間との連動を無視する解釈論

しかし、主観説が、もっとも矛盾を孕むことになるのは、実は以下の点である。

すなわち、仮に「滅失または毀損の日より」一年以内に権利行使がなされたとしても、「この規定（民法第六三八条第二項）は本条（民法第六三八条）第一項の期間内において行われるものであるがゆえに、もし第一項の期間を経過したときは、たとえ、未だ第二項の期間内にあつても、担保の請求をなすことはできないものとする。」ことが、当然の前提となつて<sup>(86)</sup>いる。「たとえば、木造の工作物にあつては引渡しの後四年一ヶ月にして瑕疵により工作物が滅失または毀損したときは、注文者は必ず一ヶ月内に担保の請求をなすべきであり、そうでなければたとえ滅失または毀損の時より一年内にあつても、六三四条の権利を行使することはできない<sup>(87)</sup>」のである。

本件において原告と被告とのあいだの契約において採用され、ここで問題となつてゐる、工事請負契約書（当時の四会連合協定工事請負契約約款）第二三条第五項が、「（一）の瑕疵による契約の目的物の滅失または毀損については、甲は、（二）に定める期間内で、かつ、その滅失または毀損の日から六か月以内でなければ、（一）の権利を行使することができない。」（傍線引用者）と規定しているのは、まさに以上の点を明文により確認しているのである。<sup>(88)</sup>

ところが、主観説を、そこで主張される趣旨をも含めて採用すると、本来の期間が経過した後に認識可能状態が生じた場合でも、理論的には瑕疵担保責任の主張が許されねばならないことにならう。それゆえ、本判決のような主観説を採用すると、第二項を第一項と連動させて上限を一項の期間に限定している構造と趣旨をまったく無視する結果

となる（本件では、本件約款第二五条第五項の前段を無視する結果となる）。たとえば、上限五年間を例にとると、四年六ヶ月目に滅失した場合において、一〇ヶ月後に瑕疵を発見した場合でも責任追及をなし得、極端に言えば、五年後に毀損した場合でも、それから六ヶ月目に毀損が認識可能となった場合でも責任追及をなし得ることになる。このような解釈は、明らかに、現行法およびこれを受けた本件約款の論理体系を無視するものへと導くことになる。

### 三 小 括

1 上の諸理由から明らかなように、本判決のような主観説は採用し得ない。従来からの定説のごとく、客観的な「滅失または毀損の日」をもって正当とすべきである。

2 本判決は、「本件ボックスカルバートに生じた不同沈下及び亀裂」をもって「瑕疵による目的物の毀損に当たるものと解すべきである。」として<sup>(89)</sup>いる。この点は、造成地の「不同沈下及び亀裂」をもって瑕疵と解すべきであるとする立場からしても、きわめて正当な指摘である。そして、「本件ボックスカルバートについては、平成四年二月初ころに第一のボックスカルバートに亀裂が生じていることが発見された」ものの、仕事の瑕疵である「不同沈下は相当以前から発生していたものであると推認<sup>(90)</sup>」している。これまた、正当な推認であろう。そうであれば、客観的に「不同沈下・亀裂が生じた日から起算すれば、権利行使をしたとされる平成五年五月初めころには、すでに六ヶ月の期間は経過しているのは明白である。

ところが、本判決は、ここで、仕事の瑕疵である「不同沈下・亀裂」ではなく、「ボックスカルバートの亀裂」をもって起算点とし、かつ、主観説を採用する、という二重の誤った操作を施すことにより、権利行使を可能とした。かかる解釈および事実認定は不当であるといわざるを得ない。

## VII 結 語

本稿は、冒頭でも指摘したように、最近の一下級審判決を素材とし、消費者保護という正当な流れのなかで、忘れられかけているかにみえる古典的な意味での「片務性」に光を当てつつ、改めて、建設請負契約における「片務性の二重構造」のいずれもが依然として問題とされざるを得ない点を指摘し、これを踏まえた上で、解釈論を展開すべきであることを主張した。もともと、そのためには、これまでにも示唆したとおり、建設請負の内容（土木工事、建築工事の別）、契約主体間の特徴（事業者間か事業者・消費者間か、あるいは、設計者、監理者はいずれの主体の能力を補充するものか等）、契約の履行過程の実態（工程会議等による履行内容の具体化、履行済み部分の確認承認行為等の共同行為）等のファクターを充分考慮することが必要となる。

本稿では、建設請負契約の二つのタイプを抽出したものの、それとこれらのファクターとのより緻密な相関関係についての定式化はおこない得なかった。この点を、わたくしの今後の課題とし、本稿を閉じる。

〔追記〕 本稿執筆に当たり、判決原本および本件記録の入手について、中田祐児弁護士のご協力を得ました。ここに記して感謝いたします。

（1） 土木工事と建築工事を包括する。なお、建設（工事）概念は、建設関係契約約款（公共工事標準請負契約約款、民間連合協定工事請負契約約款）において重要である。もともと、土木工事と建築工事とは、工事内容が著しく相違することから、標準契約約款を別々にすべきもののようである。しかし、建築工事と土木工事とは、仕様書、とりわけ特記仕様書は著しく異

なるが、契約約款の記載事項については、だいたい同じに定めておいて不都合を生じないからだといわれている（来栖三郎『契約法』四六二頁（一九七四年））。

(2) 川島武宜「建設請負契約における危険負担」『契約法大系IV』一三六頁（一九六三年）。

(3) 正確に言えば、民法第六三二条の「仕事」に「建設」が含まれるのである。我妻栄『債権各論中巻二（民法講義V3）』五九頁、六〇九頁（一九六二年）、来栖・前掲注（1）四四七頁、幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法』一二三頁「広中俊雄」（一九八九年）、星野英一『民法概論IV（契約）』二五五頁（一九八六年）、広中俊雄『債権各論講義第六版』二六四頁（一九九四年）、鈴木祿弥『債権法講義 三訂版』六二八頁、六三四頁（一九九五年）（もつとも、ここでは、「請負のうちでは、建設（土木・建築）請負が経済的・社会的にきわ立って重要であり、法的にも特殊な問題を生ずる」とし、建設請負契約は、「ほとんど約款によっており、民法の規定自体の適用はない」という）。

(4) 教科書レベルでこの点を明確に指摘するものとして、鈴木祿弥・前掲注（3）六三四頁は、「建設請負契約の特殊性」として、次のように述べる。「建設請負は、通常、それ以外の請負に比して、代金額がきわめて大きく、それに直接・間接に関係する人員もきわめて多い。土建請負のうちの大口のものは、ほとんど官庁ないしそれに準ずるものが発注者であるから、しばしば、注文者が實際上優位に立ち、不合理な契約条件を請負人におしつけたり（いわゆる、土建請負契約の「前近代性」）、その請負人を決定するに当たつての不祥事が問題にされたりする。他方で、個人住宅の建設請負などについては、注文者たる私人は、通常、知識に乏しく（一生に数度自分の家を建てる者は稀である）、かれの利益のために消費者保護の側面が問題となる。」

(5) 平成九年（ワ）第六二三八号損害賠償請求事件・大阪地判平成一三年五月一四日。

(6) 判決原本三九頁。

(7) 判決原本三九頁。

(8) 判決原本四〇頁。

(9) 判決原本四三頁。

(10) 判決原本四五頁、同五七頁。

(11) 判決原本六二頁。

(12) 判決原本六二頁。

- (13) 判決原本六三頁。
- (14) 判決原本六四頁。
- (15) 甲第四号証。
- (16) 判決原本六四一六五頁。
- (17) 判決原本七六頁。
- (18) 判決原本七七頁。
- (19) 判決原本七九頁。
- (20) これ以外にも、本判決においては、瑕疵担保期間が一〇に伸長される要件となる「重過失」の解釈論上の意味と本件における具体的あてはめの当否が問題とされねばならない。徹頭徹尾注文者に有利な解釈をするために重要な役割を演じている点からすれば重要である。しかし、本稿の問題関心からすれば、請負契約法に内在する問題としては、本文に指摘した論点の検討で充分であらう。
- (21) この問題を最初に指摘したのは、周知のように、川島武宜「渡辺洋三『土建請負契約論』(一九五〇年)、川島武宜「官庁土建請負契約の『片務契約』的性質」建設時報一卷一号(一九四九年)『法社会学における法の存在構造』所収、川島武宜著作集第一巻(一九八二年)所収、打田峻一「標準請負契約約款覚書」中川善之助・打田峻一編集代表『勝本正晃先生還暦記念現代私法の諸問題(上)』所収(一九五九年)であった。
- (22) 荒井八太郎『建設請負契約論』二九八頁(一九六七年)、定塚孝司「建築工事に伴う訴訟」『実務民事訴訟法講座(10)』二五九頁(一九七〇年)、米栖三郎『契約法』四八六頁(一九七四年)、拙稿「注文者の新規製作請求権に関する一考察(一)」法学論叢一四一卷五号五五頁(六一頁)(一九九七年、一九九八年)。
- (23) たとえば、内山尚三・山口康夫「住宅建設と消費者」加藤一郎・竹内昭夫編『消費者法講座第六巻』所収(一九九一年)および内山尚三『現代建設請負契約法(再増補)』所収二五四頁(一九九九年)、拙稿「注文者の新規製作請求権に関する一考察(二)・完」法学論叢一四一卷五号五五頁、同一四三卷三三七八頁(一九九七年、一九九八年)。
- (24) 拙稿「注文者の瑕疵修補請求権の構成」奈良法学会雑誌二一卷四号一頁(七頁注(2))(一九九九年)。
- (25) 判決原本六三頁一六四頁。

(26) この点を明確に指摘するものとして、「シンポジウム 建築法の日仏比較——契約・責任を中心に——」北大法学論集四八巻五号一六二頁（一九九八年）における、吉田克己報告「日本における建築契約」（二三頁以下）。それによれば、建築契約における消費者保護の課題のひとつとして「これまでのところ、注文住宅の請負契約における最大の問題は、欠陥住宅に対する不動産消費者の救済です。これは、基本的には判例が活躍しうる問題領域でしょう」。そして、建築契約における消費者の地位に関し、戸建住宅建築を目的とする請負契約の領域においては、「結局、この領域における不動産消費者の救済は、民法とそれに関する判例によることになります。この領域で最近多くの問題を提起しているのは、建物に欠陥があった場合の救済です。とりわけ、欠陥の修理が不可能で建て替えるしかない、という場合に、建替費用を損害賠償として請求しうるかが問題です」と述べていた。

(27) 学説としては、後藤勇「最近の裁判例からみた請負に関する諸問題」判例タイムズ三六五号五三頁（一九七八年）、同「請負建築物に瑕疵がある場合の損害賠償の範囲」判例タイムズ七二五号八頁（一九九〇年）、同「請負に関する実務上の諸問題」七頁以下（一九九三年）、が、判例としては、神戸地判昭和六三年五月三〇日判例タイムズ判タ六九一号一九三頁、東京地判平成三年六月一日判例時報一四一三号七八頁が、存在する。

(28) 篠塚昭次『不動産法の常識 上巻』二五三頁（一九七〇年）、高橋弘「瑕疵担保」法律時報四一卷九号四〇頁（一九七〇年）、潮見佳男「請負人の瑕疵担保責任の法的性質と損害賠償」『契約規範の構造と展開』二三九頁（一九九〇年）、岡孝「判例批評」判例タイムズ六九八号二七頁（一九八九年）、青野博之「建築請負における担保責任と損害賠償」法律時報六一巻九号一〇六頁（一九八九年）、池田恒男「民法レビュー」38 いわゆる欠陥住宅と建築請負人の責任」判例タイムズ七九四号三五頁（一九九一年）、花立文子「建築請負契約における瑕疵担保責任」森泉章「他」編『続現代民法学の基本問題』一九七頁（一九九二年）、石外克喜「判例評釈」判例評論四〇四号二六九頁（一九九二年）、拙稿「注文者の新規製作請求権に関する一考察」（二）完」法学論叢一四一卷五号五五頁、同一四三巻三三七八頁（一九九七年、一九九八年）、同「注文者の瑕疵修補請求権の構成」奈良法学会雑誌一一巻四号一頁（七頁注（2））（一九九九年）、同「注文者の瑕疵修補請求権について」私法六二号一七三頁（二〇〇〇年）、松本克己「欠陥住宅と建築者・不動産業者の責任」内田勝一・浦川道太郎・鎌田薫編『現代の都市と土地私法』所収三〇二頁（二〇〇一年）、が挙げられる。

(29) 大阪高判昭和五八年一〇月二七日判例時報一一二二号六七頁大阪地判昭和五九年二月二六日判例タイムズ五四八号一八一

頁、大阪地判昭和六二年二月一八日判例タイムズ六四六号一六五頁、大阪高判平成元年二月一七日判例時報一三三三号八三頁、神戸地裁姫路支部判平成七年一月三〇日判例時報一五三一号九二頁等がある。なお、宅地造成工事において造成地に瑕疵が存在する場合に肯定したものであるとして東京地判平成六年九月八日判例時報一五四〇号五四頁がある。

- (30) これらの裁判例については、拙稿「製造物の瑕疵に対する不法行為責任(一)(二)」奈良法学会雑誌一三卷三・四合併号七九頁(二〇〇一年)同一四卷一頁(二〇〇一年)において、二三の下級審裁判例を網羅的に紹介し(さしあたり、一四卷一・二・三・四・五・六・七・八・九・一〇・一一・一二・一三・一四・一五・一六・一七・一八・一九・二〇・二一・二二・二三・二四・二五・二六・二七・二八・二九・三〇・三一・三二・三三・三四・三五・三六・三七・三八・三九・四〇・四一・四二・四三・四四・四五・四六・四七・四八・四九・五〇・五一・五二・五三・五四・五五・五六・五七・五八・五九・六〇・六一・六二・六三・六四・六五・六六・六七・六八・六九・七〇・七一・七二・七三・七四・七五・七六・七七・七八・七九・八〇・八一・八二・八三・八四・八五・八六・八七・八八・八九・九〇・九一・九二・九三・九四・九五・九六・九七・九八・九九・一〇〇)として指摘しておいたが、これら以外の最新の下級審裁判例として、京都地判平成一二年一〇月一六日判例時報一七五五号一一八頁がある。

- (31) 住宅品質確保促進法は、「欠陥住宅」被害の増大、紛争処理機関の不存在、職人の減少・「丸投げ」的状况、消費者の商品情報・知識の不充分さ、不明確な契約内容等を背景とし、住宅の品質確保の促進、住宅購入者等の利益の保護、住宅にかかる紛争の迅速かつ適正な解決を目的とし、住宅の性能に関する表示基準およびこれにもとづく評価制度を設け、住宅に係る紛争の処理体制を整備するとともに、新築住宅の請負契約または売買契約における瑕疵担保責任について特則を規定する必要がある。平成一一(一九九九)年に制定され、平成一二(二〇〇〇年)四月一日から施行されている。

- (32) 建設工事の請負に關して問題となるのは、①仕事の完成が履行不能となったとき、請負人が報酬を請求し得るのか、②未完成の仕事が滅失・毀損したが、いまだ履行不能とならない場合に、これによる増加費用を請負人が注文者に請求し得るか、という二点である。

- (33) 川島武宜『渡辺洋三「土建請負契約論」(一九五〇年)、川島武宜「官庁土建請負契約の『片務契約』的性質」建設時報一卷一号(一九四九年)『法社会学における法の存在構造』所収、川島武宜著作集第一卷(一九八二年)所収、稲垣栄三『日本の近代建築「その成立過程」(上)」一六五頁以下(一九七九年)。

- (34) 昭和二四(一九四九)年に制定されたこの法律が、「建設業を営む者の資質の向上、建設工事の請負契約の適正化等をはかることによつて、建設工事の適正な施工を確保し、発注者を保護するとともに、建設業の健全な発展を促進し、もつて公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。」(第一条)といい、「建設工事の請負契約の当事者は、各々の対等な立場における合意に基いて公正な契約を締結し、信義に従つて誠実にこれを履行しなければならぬ。」(第一八条)、「建設工事の請負契約の当事者は、前条の趣旨に従つて、契約の締結に際して次に掲げる事項を書面に記載し、署名又は記名押印をして相互に交付しな



ければならない。《以下略》（第一九条）と規定しているのは、まさに、本文で述べた実態を考慮し、当事者間の「片務契約性」を排除し、「契約条件の明確化」をはかるためのものであることは、言うを俟たない。従来、戦前の工事請負契約の当事者間では、明確な契約書も作成しないまま工事に着手することが多く、権利義務関係を明確にする資料がないため、紛争は発注者ベースで処理されがちであった。そのため、上記のような建築業法第一九条を設け、発注者と請負人とのあいだに存在する片務性を排除して、当事者間の関係を、近代的契約法の理念である対等者間の権利義務関係として形成しようとしたのである。また、しかし、契約書が作成された場合でも、しばしば発注者に一方的に有利な、従って請負者には過酷な内容が盛り込まれ、それが請負契約における片務性の問題として批判された。そこで、ここでもその反省のうえに立って、第一八条が特に規定されたのである。以上につき、内山尚三『現代建設請負契約法（再増補）』二七八頁（一九九九年）、滝井繁男『逐条解説 工事請負契約約款（五訂新版）』四頁（一九九八年）。

本件における原告・被告人間の工事請負契約書（甲第四号証）の冒頭にも、「上記工事について発注者 四国総合開発株式会社と請負者 株式会社岡田組とは夫々、対等な立場に於ける合意に基づいて、本契約書 同添付工事積算基準検討書、工事請負契約約款、四国建設コンサルタント設計の別添防災図面、第二回修正見積書により、請負契約を締結し、信義に従って誠実にこれを履行するものとする。」との記述があるが、これは、まさに上記の点を具体的契約において貫徹しようとするものである。

(35) 本件において、原告・被告人間で使用されている「四会連合協定 工事請負契約約款」（現在の「民間連合協定 工事請負契約約款」（平成九（一九九七）年改正）がこれに該当することはいうまでもない。この約款は、周知のように、大正一二（一九二三）年に作成された「工事請負契約規程」をその母体とするものである。この規程は、当時における民間の工事請負契約の雛型として作成されたものである。その後、この種の契約内容の片務性が指摘され、数次にわたる改正の努力がなされた。しかし、抜本的改正をみないまま戦後を迎えた。戦後、前記のように建設業法が制定されるとともに、当時の建設省に設置された中央建設審議会により、建設工事標準契約約款を作成する計画がたてられた（建設業法三四条の二）。同審議会は、昭和二五（一九五〇）年に、公共工事にかかる建設工事標準請負契約約款を公表した。これとあわせて、前記「工事請負規程」につき、契約当事者が対等な立場にたつて公平な契約を締結するという観点から、戦後すぐに、規程改正委員会により改正作業が進められていたところ、同委員会と建設省が協議を重ね、昭和二六（一九五一）年に改正作業が終了し、これを工事請負契約約款

として公表したものである。以上につき、滝井・前掲注(34)一頁。

(36) 先に挙げた、川島武宜「渡辺洋三『土建請負契約論』(一九五〇年)を除き、危険負担に関し解釈論を探究したものととして、岩田新「請負契約ニ於ケル危険ヲ論ス」法学志林一七巻八号一頁、同九号一頁(一九一五年)、津曲藏之丞「建設請負契約における危険負担の問題」法学一六巻一号一頁、同三号三〇頁(一九五二年)、内山尚三「請負契約における危険負担の問題」法学志林五六巻三号(一九五八年)、同六〇巻三・四号(一九六二年)、同七六巻(一九七八年)、渡辺洋三「土建法請負における危険負担の諸問題」建設総合研究一巻四号、川島武宜「建設請負契約における危険負担」契約法大系IV一三六頁(一九六三年)、右近健男「危険負担」法律時報四二巻九号二四頁(一九七〇年)、目崎哲久「建設請負契約における危険負担論」近大法學一八巻三四号一三三頁(一九七〇年)、同「危険負担」法律時報四三巻一十一号八六頁(一九七一年)、内山尚三「危険負担」『演習法律学大系5演習民法(債権)』35頁。所収「現代建設請負契約法(再増補)」所収六六頁(一九九九年)、山本重三「徳山直「建築請負契約と危険負担」不動産法大系V一六六頁(一九七五年)、半田吉信「請負契約における危険負担」甲斐道太郎他編「市民法学の形成と展開・上」二五九頁(一九七八年)、同「請負契約における危険負担」民商法雑誌七九巻六号二二頁(一九七八年)、太田和行「建築請負契約における危険負担」淡路剛久編「現代契約法大系」一九八四年、栗田哲男「現代民法研究(1)請負契約」七七頁(一九九七年)等。

解除に関し、津曲藏之丞「請負契約と解除」法学一八巻三号三〇頁(一九五四年)、内山尚三「判例批評——未完成仕事部分に関する請負報酬金債権の譲渡後に生じた仕事完成義務不履行を事由とする請負契約の解除をもつて右債権の譲受人に対抗することができる」とされた事例」判例評論一一六号(判例時報五二五号)一一三頁(一九六八年)、高橋三知雄「建設請負契約の研究——解除とその効果」法律時報四二巻九号三〇頁(一九七〇年)、山本重三「五十嵐健之「建築請負契約の解除」不動産法体系V(一九七〇年)、山下孝之「建設請負契約の解除をめぐる法律問題」法律時報四六巻一号一三九頁(一九七六年)、内山尚三「現代建設請負契約法(再増補)」所収一六二頁(一九九九年)同「判例批評——建設請負契約における一部解除の認定が相当でない」とされた事例」判例評論三三六号(判例時報八九六号)一八頁(一九七八年)「現代建設請負契約法(再増補)」所収一五〇頁(一九九九年)、同「請負人の債務不履行と既施工部分についての解除」(判例評釈)民商法雑誌八五巻五号一二五頁(一九八二年)、同「請負契約の途中終了と残工事施工費用の賠償請求」(判例評釈)民商法雑誌九四巻四号九七頁(一九八六年)、小野秀誠「請負契約の中途終了と工事完成費用の賠償」(判例評釈)ジュリスト八七一号九五頁(一九八六年)、栗田

哲男『現代民法研究(1)請負契約』六六頁(一九九七年)等。

- (37) 前掲注(36)に挙げた諸文献はこの点を指摘していた。なお、かかる問題意識が直截に解釈論に反映する点を理解するうえで参考となるのは、たとえば、内山尚三・山口康夫「住宅建設と消費者」『消費者法講座第六卷』(一九九一年)初出、後に、内山尚三「現代建設請負契約法(再増補)」二五四頁(二九二頁)(一九九九年)の次のような指摘である。「建設請負契約では、瑕疵を理由に契約解除をすることができないとされる(民六三五条但書)。建設請負について解除を許すと、請負人にとりあまりに大きな損害を与えるだけでなく、折角できた工作物を取り壊すことは、社会経済的にも損失が大きいからであると解されている。しかし、このことは個人住宅の場合にも妥当すると考えるべきではないと思われる。社会経済的損失を強調することにより、他に転嫁すべき手段をもたない消費者は、合理的範囲を超えた受忍を求めるのは公平ではないだろう。」逆に、消費者保護のためにとられた解釈論をそうでない企業(業者)間の建設請負契約に導入することもまた公平ではない、ことは、すでに本文においてくりかえし指摘したところである。

- (38) 拙稿「注文者の新規製作請求権に関する一考察(一)(二・完) 法学論叢一四一巻五号五五頁(一九九七年)、同一四三巻三号七八頁(一九九八年)、同「注文者の瑕疵修補請求権の構成」奈良法学会雑誌一一巻四号一頁(七頁注(2))(一九九九年)、同「注文者の瑕疵修補請求権について」私法六二号一七三頁(二〇〇〇年)。

- (39) 高橋弘「瑕疵担保」法律時報四二巻九号四〇頁(一九七〇年)、岡孝「判例批評」判タ六九八号二七頁(一九八九年)、池田恒夫「民法判例レビュー」(38) いわゆる欠陥住宅と建築請負人の責任」判例タイムズ七九四号三五頁(一九九一年)、花立文子「建築請負契約における瑕疵担保責任」森泉章「他」編『統現代民法学の基本問題』二九七頁(一九九二年)、山口康夫「住宅建築における消費者法の課題」私法五五号一九七頁(一九九三年)。

- (40) 藪重夫「工事請負契約における瑕疵担保責任の法的性質」判例評論二六三号一七二頁、園尾隆司「請負代金の支払要件となる『仕事の完成』の意義」判例タイムズ六七七号一一頁(一九八八年)。

- (41) 浜上則雄「瑕疵損害」に対するメーカーの不法行為責任と消費者保護」『大阪大学法学部創立三十周年記念論文集 法と政治の現代的課題』一〇九頁(一九八二年)、円谷峻「建売住宅の地盤沈下と売主・建築業者の責任」判例タイムズ五八一号八六頁(一九八六年)、下村正明「商品の瑕疵をめぐる責任規範の交錯関係について(二)(二・完) 阪大法学一九九号八九頁、同一四〇号八一頁(一九八六年)、松本克美「欠陥建売住宅の売主及び建築確認申請に名義貸しをした建築士の責任」ジュリ一一九

二号二一六頁(二〇〇一年)、同「欠陥住宅と建築士の責任」立命館法学二七一・二七二号一五二〇(九〇〇)頁(二〇〇一年)、同「欠陥住宅と建築者・不動産業者の責任」内田勝一・浦川道太郎・鎌田薫編『現代の都市と土地私法』所収三〇二頁(二〇〇一年)。また、前掲注(30)で指摘した、最近の下級審裁判例の傾向をここに挙げ得る。

(42) 荒井八太郎『建設請負契約論』二九八頁(一九六七年)は、「片務契約性の意義について、『当事者は対面的に相互に義務を負うという意味においては双務的であるが、両当事者は不平等な立場で——すなわち、注文者は支配者としての立場で、請負人は服従者としての立場で——その義務を負いその立場に応じて義務の性質がこととなるとともに、その履行を保証する強制的な態様もこととなるという意味においては『片務契約』にほかならない。』と解するときは、「官庁契約と民間契約と必ずしも甲乙を付し難いのであつて、民間大企業、特に常時工事を発注する大企業の請負業者に対する地位は官庁に優るとも劣らないものがある。また、昭和二五年二月に建設工事標準請負契約約款が制定されて以来、官公庁においては一部を除き、概ねこの標準契約約款に準じた契約約款を作成しており、今日ではむしろ民間企業にいわゆる片務的契約が少なくないのである。」との指摘がなされていた。この点は、来栖三郎『契約法』四八六頁(一九七四年)も同旨である。本件の建設請負類型は、後述の如く、むしろこの類型に近いものである。それゆえ、本判決が、瑕疵担保期間と起算点を規定している約款の解釈をことさらに新規なもので注文者に有利におこなっている態度は、かかる点からして錯誤的であるといわざるを得ない。

なお、注(38)に挙げた拙稿のうちの二論文を論評した、高橋眞「民法学のあゆみ」法律時報七一巻一三三・二五二頁(二五三頁)(一九九九年)は、拙稿論文を批判するなかで、「第一論文(注…法学論叢論文のこと)の出発点とされた、請負人の債務を瑕疵なき完全な仕事の実現を目的とするものと捉え、それに対する注文者の利益を重視するという観点は、請負契約においても当事者の意思・目的を規律の基本とするという点で、契約をめぐる最近の理論動向に沿うものである。過分の費用がかかる場合の修補請求の否定など、制度の中に請負人保護の趣旨が組み込まれている請負契約においては特に、右の観点に基づき、きめ細かい解釈論を立てることが必要とされる。しかしそうであれば、請負契約の結果関連性と請負人の裁量を一面的に重視して、原則として注文者は修補の方法について干渉しえないという命題を立てることが適切かどうかには疑問がある。」「請負契約の結果関連性は、あくまでもその一面である。実際、履行完了以前においても、たとえば建築請負人が必要な強化措置をしていない場合、完成を待たず、注文者が右措置を要求できるのでなければならぬ。まして、実際に瑕疵が生じ、その修補が問題となっている場合に、なお請負人の裁量権を原則として立てるのは、(一定の場合にその制限を予定しているにしても)

請負契約の一面を過度に強調するものではないかと考える。」とし、「多面性を有する請負契約とその履行をどう捉えるかについては、基本的な組立が問題である。」と批判する。

この批判の基調は、「多面性を有する請負契約」云々といいつつも、「注文者の利益重視」の観点であり、ここから、請負契約が原則とする結果関連性やそれゆえの請負人の裁量権の原則を立てることへの疑念であることはまちがいないであろう。

しかし、この批判の基調は、本稿でいえば「注文者保護型」の類型を暗黙の前提ないし出発点とするものであり、この点において、逆の意味で請負契約法における解釈論の一面を過度に一般化し強調するものである。その意味で、この批判は正鵠をっていないといわざるを得ない。

この点、繰り返しになるが、筆者は、本文で述べたごとく、請負契約法における解釈論の課題は大きな二つの類型に対する対応という形で変遷を辿ってきたのであり、しかも、請負人保護型の類型も現代においてなお重要性を失っていない、という認識をもっている。本稿で問題とした下級審裁判例はまさにこのような認識の重要性を再認識させるものなのである。「注文者の利益重視」の理論動向をまさに絵に描いたように、解釈論において展開し、結果としてきわめて不当な結論を導いた根本的な原因はどこにあるのか、ということが問われねばならないのである。

評者は、また、同じく、注文者の利益重視の観点から、裁量権の原則を立てることに大いに疑念を抱いている。しかし、この原則は、本文でも強調しているように、結果関連性との結合により、瑕疵ある仕事に対しては全面的に責任を負うという命題を導くものでもあり、それゆえに、必ずしも常に注文者の利益が軽視されるものではない。評者が述べるように、「建築請負人が必要な強化措置をしていない場合、完成を待たず、注文者が右措置を要求できる」のは、そもそも「必要な強化措置をしていない」という債務の不履行ゆえに、注文者は当然に「右措置を要求できる」のであり、これは、裁量権とは関係ない。評者が挙げた例は、裁量権の問題を云々する例としては適切ではない。すなわち、ここでは、債務内容そのものと債務内容をいかなる方法で達成するかとの区別、および、裁量権が働くのは後者の場合であることへの認識不足が存在する。それゆえにまた、このような例による批判は的外れといわざるを得ない。仮に例を挙げるとするならば、「必要な強化措置」が複数（たとえば、A、B、C）存在し、そのうち、請負人は、Aという措置を講じようとしているが、注文者としてはBという措置を希望している場合、はたして注文者はいかなる場合にみずからの希望する種類の強化措置を要求し得るか、という形で問いが立てられるようなものでなければならぬのである。

なお、本文においてもすぐ次の二において論じるように、履行過程に注文者の介入を許容することは、とりもなおさず、請負人の仕事のやり方に対する裁量の幅が狭まることを意味することにもなる。それはまた他方において、仕事の結果に対しては請負人の責任が軽減され得るという関係にもなるのであり、このようなダイナミズムがまた「二類型」を前提とした請負契約の解釈論にも有益である、と筆者は考えている。

(43) 責任施工とは、工事請負者が全責任をもって施工することをいい、発注者側の設計仕様書（工事に対する設計者の指示のうち、図面では表すことのできない点を文章・数値などで表現するもので品質・成分・性能・精度、製造や施工の方法部品や、材料のメーカー、施工業者などを指定するものをいう（彰国社『建築大辞典』七二頁）を省略したり、監督監理などを特に加えないこともある。責任施工は、建築工事のうち特に高度な専門技術やノウハウを要する部分について、設計者より当該工事の専門業者の能力にゆだねたほうがより適切な施工が期待される場合に、その専門業者に工事をいっさい任せざるかわりに、万一なんらかの工事瑕疵が生じた場合には全責任を負ってもらうというものである。建築主と施工者とのあいだでは、実質的には設計業務までおこなわせる点では設計委任契約に準ずるものであり、工事監理を省略する点ではまさしく本来の請負契約そのものである。つまり、請負工事は仕事の完成を約するものであって、完成までのプロセスについては施工者の裁量にゆだねられているのである。以上につき、大森文彦『建築家の法律学入門』一七四―一六頁（一九九二年）。

(44) もっとも、本件では、後述の如く、ここまでの考慮をなす以前に、すでに契約解釈による債務内容の確定段階で補助参加人の瑕疵責任を肯定できる事案であるといえる。

(45) 後に紹介するが、仙台高判平成一二年一〇月二五判例時報一七六四号八二頁がこれに該当する。そこでは、仙台市が造成し分譲した宅地を購入し、住宅を建築した消費者（複数）が、宮城県沖地震によって宅地に亀裂、地盤沈下が生じ、住宅が損壊したとして、造成宅地の売主である仙台市に対して売主の瑕疵担保責任（民法第五七〇条）を追及している。

(46) 住宅建築の場合でさえ、建築業者の地盤確保義務がアブリオリに前提とされるわけではないのである。荒井八太郎他『建築の法律紛争「新版」』二〇一頁（一九九五年）のように、「建物の不同沈下、傾斜の原因は、①杭を打つべきところを打っていない、②杭長が不十分である、③隣地でビルを建てるために地下を掘削した、④新しい造成地の場合、地震等による盛土の崩れ、⑤地下水の汲上げ、⑥シルト層のような軟弱地盤等が考えられます。……④以下については、事前の専門的調査が必要です。したがって、建物（地盤）の沈下があったとしても、ただちに請負業者や設計者の責任だとはいえない場合もあります。

その原因を明らかにすることは専門家でもむずかしいといわれていますが、原因不明であれば責任の追及もあきらめるほかありません。」との見解もある。

(47) 注(29)で挙げた判例参照。

(48) これらにつき、参考となる裁判例としては、売買の例で、神戸地判昭和五八年二月六日判例時報一一一九号一一七頁が、請負の例で、福岡地判平成一年一〇月二〇日判例時報一七〇九号七七頁がある。なお、後者の判例については、不法行為構成の点も含め、Vにおいて、改めて詳述する。

(49) 現在の「民間連合協定工事請負契約約款」(平成九(一九九七年)改正)がそれに該当する。

(50) 神戸地判昭和五八年二月六日判例時報一一一九号一一七頁。

(51) 千葉地裁松戸支部判平成六年八月二五日判例時報一五四三号一四九頁。

(52) 仙台高判平成二年一〇月二五判例時報一七六四号八二頁。

(53) 我妻栄『債権各論(民法講義V3)』六三二頁(一九六二年)、幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法(16)』一三七頁(一九八〇年)、星野英一『民法概論IV』一六四頁(一九八六年)。最近の裁判例で、この点を明確に指摘するものとして、東京地判平成六年九月八日判例時報一五四〇号五四頁がある(本件は、宅地造成工事請負契約の工事請負人が造成した造成地に瑕疵があるとされ、この瑕疵に対して工事請負人の債務不履行責任が認められた事例である)。なお、以下は売買の目的物に関するものである。ここでは、給付された仕事が、取引上一般に期待される性能・品質を欠く場合、あるいは注文者が特殊な性能・品質を有することを示した場合においてそのような性能・品質を欠く場合、換言すれば、仕事が契約の趣旨に適合していない場合をいう(主観的瑕疵概念)とするのが判例・通説である。大判昭和八年一月一日民集一二巻七一頁、大判昭和九年七月三十一日法学三巻一四六〇頁等。来栖三郎『契約法』八二、八三頁(一九七四年)、広中俊雄『債権各論講義(第六版)』六八頁(一九九四年)、星野英一『民法概論IV(契約)』一三三頁(一九八六年)、潮見佳男『債権総論』六六頁(一九九四年)、同『契約各論I』二二五頁～二二七頁(二〇〇二年)。

(54) 乙第七号証の一頁目および総括表参照。

(55) 乙七号証の「内訳書(3)切盛土工事」参照。

(56) 判決原本八頁。

(57) 判決原本九頁。

(58) たとえば、「第六回 現場工程会議々事録」(乙第三号証)では、補助参加人(山建設株式会社)のほうから、「一応 Box CLは、底盤まで盛土するわけですね。」と確認しているし、「第八回 月例工程打合議事録(62/1)」(乙第二号証)においては、被告の現場所長(橘)より、「A3流域のボックス、カルバートですが、二番ホールに関係しています。八〇メートル位ですが、これは二月一〇日頃に盛土施工可能で有ります。」との説明があり、これに対して、補助参加人所長(大橋)より、「盛土工ですが、二番、一二番ホールでの、カルバートボックスの施工に合わせて工事をおこないます。」との進捗状況の説明がなされている。

(59) 判決原本四三頁。

(60) 判決原本六四頁。

(61) 判決原本六三頁。

(62) 判決原本六四頁。

(63) 判決原本六三頁。

(64) 判決原本六二頁。

(65) 判決原本六三頁。

(66) 福岡地判平成一一年一〇月二〇日(判例時報一七〇九号七七頁)および京都地判平成一二年一〇月一六日(判例時報一七五五号一一八頁)である。もともと、これらの地耐力確保義務に関する事例は、住宅建築事例において見受けられるものであることに注意しておく必要がある。なお、前者については、拙稿「製造物の瑕疵に対する不法行為責任(二)」(奈良法学会雑誌一三卷三・四合併号七九頁(一一三〇頁)(二〇〇一年)に事例を紹介をしている。

(67) しかも、この事件で興味深いのは、注文者(消費者)が、主位的に不法行為、予備的に契約責任を追及したのに対し、建築業者が、不法行為責任を負うことは原則としてないとし、負うとすれば、不完全履行の特則である瑕疵担保責任であるとの前提で、それでは、瑕疵担保責任を負うか、をさらに問題とし、「原告と被告との契約内容は、建物の建築請負工事であり、敷地地盤の工事は本件請負契約の内容には入っていないから、地盤の沈下自体は本件建物の瑕疵とはいえないものである。」と反論していた点である。これに対し、裁判所は、契約責任をまったく問題とせず、不法行為責任についてのみ判断したのである。



(68) もっとも、この場合であっても、保護の要請があるとして、かかる構成が民法体系上、理論的に可能か否かは別途学問的に検討される必要がある。

(69) 民法第三七〇条本文、不動産登記法第一四条参照。

(70) たとえば、同第一九条第二項は、「湿潤な土地、出水のおそれの多い土地又はごみその他これに類する物で埋め立てられた土地に建築物を建築する場合には、盛土、地盤の改良その他衛生上又は安全上必要な措置を講じなければならない。」と規定する。

(71) たとえば、施行令第四条第二項は、「切土をする場合において、切土をした後の地盤にすべりやすい土質の層があるときは、その地盤にすべりが生じないように打ち、土の置換えその他の措置を講じなければならない。」と規定し、第三項は、「盛土をする場合には、盛土をした後の地盤に雨水その他の地表水の浸透によるゆるみ、沈下又は崩壊が生じないように締固めその他措置を講じなければならない。」と規定している。

(72) 判決原本九頁。「右排水のためのトンネルがボックスカルバートである。」

(73) したがって、消費者保護が問題となり、完全性利益に対する重大な侵害の可能性のある住宅建築の場合を、たとえば、本件ボックスカルバートに比し軽量の住宅を築造するハウスメーカーであっても、住宅の建築にあたり地耐力を確保するために必要な工事を実施すべき義務を負担していることを認識し、ボーリング調査等をおこない地耐力を調べ、足りない場合には地盤の補強工事を行いその義務を履行しているのであるから、いわんや、本件ボックスカルバートほどの重量物を築造する者にその義務が存する、という論法により、単に重量のみの比較で、事業者間同士においてゴルフ場を建設する場合にスライドさせることは、法律問題の本質を見誤る見解といわざるを得ないであろう。ここに書かれた義務は、本件では、まさに、ボックスカルバートの設置を前提に造成をおこなった補助参加人が負うべきものである。

(74) この点の問題を指摘するものとして、拙稿「製造物の瑕疵に対する不法行為責任(二)」奈良法学会雑誌一四卷一号二二頁(四一頁～四二頁、六一頁)(二〇〇一年)。

(75) 過失による不法行為の帰責根拠としての「信頼原則」については、前田達明「不法行為帰責論」一八八頁、二二二頁(一九七八年)同「民法VI? (不法行為法)」二九～四六頁(特に四六頁)(一九八〇年)。過失による債務不履行の帰責根拠については、同、「口述債権総論」【第三版】一三七頁(一九九三年)。最近のものとして、前田達明「民法のなぜがわかる」【第三回】

法学教室二二七号七四頁（七七頁）（二〇〇〇年）。他に、かかる信頼原則に触れるものとして、澤井裕『事務管理・不当利得・不法行為』【第三版】一七八頁（二〇〇一年）。なお、吉村良一『不法行為法』【第二版】一六八頁（二〇〇〇年）

(76) 判例時報一五四三号一四九頁。

(77) 判決原本六八頁。

(78) 乙第五号証の二。

(79) それゆえ、甲第五四号証「道路土工カルバート工指針」にある、地形・地質、地盤調査等は、補助参加人がおこなうべきものである。

(80) 本件工事請負契約書が採用する四会連合協定工事請負契約約款第二三条第五項（甲第四号証）は、民法第六三八条第二項の期間（一年）をさらに短縮したものである。

(81) 判決原本七六・七頁。

(82) 大判大正四年二月二八日民録二二輯二九五頁、最判昭和五一年三月四日民集三〇巻二号四八頁。我妻栄『債権各論中巻』（二）六四二頁（一九六二年）、幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法（16）』一五五頁（内山尚三）（一九八九年）。

(83) 梅謙次郎『民法要義巻之三債権編』（大正元年版復刻版）七二六頁（一九八四年）。

(84) 幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法（16）』一五八頁（内山尚三）（一九八九年）。

(85) 『商事法務研究会版』法典調査会民法議事速記録四五六七頁。「です」調を「である」調に、カタカナをひらがな表記に改め、適当に句読点を入れてある。以下同じ。

(86) 梅・前掲注（83）七一六頁。句読点を入れ、ひらがな表記に直している。

(87) 梅・前掲注（83）七一六頁。句読点を入れ、ひらがな表記に直している。本条項を起草した、穂積陳重は、一年の期間が旧民法に比べて長いかわりに短いことを議論するなかで、「旧民法の如く責任期間の満了の時から六ヶ月ということにはせず、滅失の時または毀損の時から一ヶ年ということにした。この時効期間は、旧民法に対して、長いとも短いともいえない。滅失の場合は旧民法と同じこと。毀損の場合においては、一ヶ年であるから、あるいは責任期間の終わりのほうにおいて、毀損した場合は、旧民法より長く、また、責任期間の余程前の方に毀損ができた場合には、旧民法より短い。云々」と説明している（『商事法務研究会版』法典調査会民法議事速記録四五六七頁（一九八四年）。ここにいう「責任期間」が第一項の期間を指示しているこ

とは明白である。我妻栄『債権各論中巻二』六四二頁（一九六二年）も、民法第六三八条第二項につき、「原則とされる五年または十年の期間の満了近くになつて滅失・毀損しても、そのために五年または十年の期間を延長すべきではない（鳩山五九三頁等通説）」と述べるのも同様である。

(88) 注釈書においても、この部分を、たとえば、滝井繁男『逐条解説工事請負契約款（五訂新版）』二二二頁（一九九八年）は、次のように注釈する。「民法は、瑕疵の為に目的物が滅失・毀損したときは、その時から一年以内に瑕疵担保請求権を行使しなければならぬことを規定している。（中略）この約款では、この期間も六ヶ月に短縮している（本条五項）。この期間内であっても、それまでに本来の除斥期間が経過すれば、責任が消滅するのは当然である。」（傍線引用者）

(89) 判決原本七八頁。

(90) 判決原本七八頁。